



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELRO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO
GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA APROBADO EL
INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE
LA SALUD DEL DEPORTISTA Y LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN LA
ACTIVIDAD DEPORTIVA.**

I. ANTECEDENTES

Con fecha 23 de agosto de 2012 tuvo entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, remitido por el Ministerio de Justicia, a efectos de la emisión del preceptivo informe.

Asignada la ponencia a la Excm. Sra. Vocal D^a Margarita Uría Etxebarria, la Comisión de Estudios e Informes, en su reunión del día 12 de septiembre de 2012 acordó elevar al Pleno de este Órgano constitucional propuesta de petición de prórroga de quince días para la elaboración del informe, propuesta que fue aprobada por el Pleno en su reunión del día 20 de septiembre de 2012. Con posterioridad, en su reunión de 8 de octubre de 2012, la Comisión de Estudios e Informes aprobó el presente Informe, acordando su remisión al Pleno de este Órgano Constitucional.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

II.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a: *“e) normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales; f) Leyes penales y normas sobre régimen penitenciario”*.

Atendiendo a este dictado, en aras de una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Proyecto remitido, el informe que se emite se limitará al examen y alcance de las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO

El texto remitido para informe tiene por objeto la aprobación de una nueva Ley Orgánica reguladora de la protección de la salud y la lucha contra el dopaje en el ámbito deportivo, llamada a sustituir la actual Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte, la cual prevé derogar. Como ella (vid. su disposición final quinta), la disposición final segunda del Anteproyecto señala cuáles de sus preceptos tienen naturaleza de ley orgánica y cuáles de ley ordinaria. Así pues, a diferencia de la propuesta legislativa que se elaboró a finales de la anterior legislatura y que fue informada por este Consejo General en su Informe aprobado en la sesión plenaria de 21 de julio de 2011, el prelegislador se decanta ahora, tal y como se explica en el cuarto párrafo de la Exposición de Motivos, por la aprobación de una Ley nueva en la que, por tanto, resulta íntegramente redactado todo su contenido, en lugar de por la modificación de la Ley vigente.

Como se señala en la Exposición de Motivos, el Anteproyecto responde a la necesidad de adaptar nuestra legislación al Código Mundial Antidopaje (CMA), cuya eficacia debe ser garantizada por aquellos países que, como España, han ratificado la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

UNESCO, lo que sucedió pocos meses después de haberse aprobado la vigente Ley en la materia (la ya citada Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte). Por otro lado, se subraya que el dopaje ya no es el elemento central de la nueva regulación en proyecto, sino que la ley trata de configurarlo como una pieza más del sistema de protección de la salud de los deportistas, considerándolo como una patología a erradicar que, además de comprometer la salud de los deportistas, afecta al juego limpio en el deporte y a la dimensión ética del mismo. De ahí que el Anteproyecto trate de diferenciar las medidas que afectan a los deportistas en general, que son medidas positivas de prevención de riesgos de salud asociados a la práctica deportiva, y las medidas específicas de lucha contra el dopaje, de ámbito más restringido.

Aunque sólo sea por estas dos razones, el Anteproyecto merece una valoración global positiva, en tanto está inspirado por una voluntad conducente a la mejora del sistema de control y garantías de protección de la salud frente al dopaje deportivo, a través de una homologación y adaptación de la legislación nacional a la normativa internacional en la materia, con la finalidad de lograr unos mismos niveles de protección que eviten situaciones de desigualdad y desequilibrio, especialmente en cuanto se refiere a la práctica deportiva de competición.

Desde la elaboración en el año 2003, por parte de la Agencia Mundial Antidopaje, del CMA, que constituía un conjunto de reglas y directrices de obligado cumplimiento para el movimiento deportivo internacional, se hizo patente la necesidad de una armonización a escala internacional de los aspectos esenciales para combatir el dopaje (v. gr. funcionamiento de los laboratorios,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

régimen de exenciones para el uso de determinadas sustancias con fines terapéuticos, procedimientos para efectuar los controles de dopaje, elaboración de un lista armonizada de sustancias y métodos prohibidos). La principal dificultad para el logro de este objetivo derivaba de que el CMA carecía de fuerza vinculante en el ámbito del Derecho Internacional Público, al tratarse de un documento no gubernamental aplicable únicamente a los miembros de las organizaciones deportivas.

El cambio de esta situación se produjo como consecuencia de la aprobación de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, que incorporaba los principios del CMA y hacía posible esa armonización de la normativa internacional en esta materia. La Convención fue ratificada por España el 21 de octubre de 2006 y entró en vigor el 1 de febrero de 2007, contemplando la misma que la última modificación del Código Mundial entrara en vigor el 1 de enero de 2009.

Por eso, aunque la Ley Orgánica 7/2006 ya había tratado de armonizar la normativa estatal de lucha contra el dopaje con los principios del CMA, esa armonización se ve completada con la regulación que ahora se examina cuyo objetivo explícito es incorporar al ordenamiento español las últimas iniciativas en la materia, situando a nuestro ordenamiento en el grupo de países que cuentan con una normativa más completa y desarrollada en la represión del dopaje en el deporte y la protección de la salud del deportista.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

IV.

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO.

El Anteproyecto sometido a examen se compone, además de la Exposición de Motivos, de tres Títulos divididos en un total de 63 artículos, 3 disposiciones adicionales, 2 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y 6 disposiciones finales (la Ley a la que está llamado a sustituir tiene 49 artículos, 9 disposiciones adicionales, 3 transitorias, una derogatoria y 8 finales). Consta también de dos Anexos, en los que se contienen, respectivamente, una serie de definiciones y una tabla donde se plasman criterios para la graduación de la segunda sanción en caso de reincidencia.

El primer Título (“Disposiciones Generales”) comprende todo lo relativo al ámbito de aplicación de la Ley y la organización administrativa para la prevención de la salud y la lucha contra el dopaje, destacando la creación de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (en adelante AEPSD), que está llamada a sustituir a la actual Agencia Estatal Antidopaje. Es en ella en la que se quieren centralizar todas las competencias que en el sistema vigente aparecen repartidas entre las federaciones deportivas, la Comisión de control y seguimiento de la salud y el dopaje y la Agencia Estatal Antidopaje.

El segundo Título (“De la salud y el dopaje de los deportistas con licencia deportiva”) contiene la regulación de los controles de dopaje y la obligación, con las consiguientes garantías, de someterse a ellos que pesa sobre determinados deportistas, el régimen sancionador en materia de dopaje (incluido un precepto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sobre colaboración con las autoridades judiciales), las medidas de protección de la salud en el ámbito del deporte y el tratamiento de datos relativos al dopaje.

En lo tocante a la obligación de someterse a controles, una novedad relevante es que pasa a incluir a los deportistas que hubiesen estado en posesión de la licencia aunque no lo estén en el momento de iniciarse el procedimiento sancionador. También es novedosa la desaparición de la exigencia de que los controles de dopaje se realicen bajo la responsabilidad de un médico u otro personal sanitario habilitado, quedando limitada su presencia a los casos imprescindibles, como serían las pruebas consistentes en la extracción de sangre. En cuanto a la franja horaria en la que se podrán hacer los controles, se fija la comprendida entre las once de la noche y las seis de la mañana, en línea con las disposiciones del CMA.

Por lo que se refiere al régimen sancionador, como se explica en la Exposición de Motivos, siguiendo indicaciones hechas por el Consejo de Estado al anteproyecto de ley presentado en la anterior legislatura, se ha tratado de mejorar la redacción de los tipos de las infracciones, especialmente en lo que se refiere a la descripción de las tentativas y a la presencia de criterios de valoración de la prueba dentro de la definición de los tipos. Una novedad importante se contiene en el artículo 33, relativo a los procesos penales por dopaje. En él se establece un sistema de colaboración entre las autoridades judiciales competentes para instruir los procedimientos penales derivados de la posible comisión del delito establecido en el artículo 361 bis del Código penal y las autoridades administrativas encargadas de tramitar los procedimientos sancionadores en materia de dopaje; pensando, fundamentalmente en los casos de administración o tráfico de sustancias o métodos prohibidos, donde se puede



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

producir identidad de fundamento entre el tipo penal y el sancionador. El sistema establecido trata de preservar la preferencia de la jurisdicción penal, y de conseguir el efecto deseado por el CMA para que, cualquiera que sea la autoridad que sancione la infracción, se produzcan las consecuencias que dicho Código establece.

Por lo que se refiere al Capítulo III del Título II (sistema de protección de la salud), pese a que su importancia es fundamental, la propia Exposición de Motivos admite que su extensión y complejidad es muy inferior a la de los dos Capítulos precedentes. En él se recogen ideas ya expuestas en la Ley actualmente en vigor, cuyo desarrollo no se había producido, junto con otras nuevas y un marco de colaboración con las Comunidades Autónomas (CC AA) para facilitar una aplicación práctica eficaz del modelo de protección de la salud de los deportistas. Ejemplo de ello sería el establecimiento de un sistema de reconocimientos médicos más intenso cuanto más exigente sea la actividad física a realizar o las medidas de protección de la salud cuando se finaliza la actividad deportiva.

En cuanto al Capítulo IV del Título II, sobre la protección de los datos sensibles afectados por las actuaciones en materia de protección de la salud y de dopaje, la Exposición de Motivos señala que no hay excesivas novedades con respecto a las normas actuales, sino fundamentalmente una mejora técnica en la redacción.

Pasando al Título III ("Políticas públicas de control y supervisión general de los productos que pueden utilizarse para el dopaje en la actividad deportiva"), en él se regulan medidas como la declaración de los productos susceptibles de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

producir dopaje en el deporte, la potestad de inspección y el decomiso, así como las condiciones de comercialización y utilización de los productos susceptibles de producir dopaje en la actividad deportiva.

Aunque tanto la Exposición de Motivos como la Memoria de Análisis del Impacto Normativo (MAIN) se refieren a la existencia de tres disposiciones adicionales, lo cierto es que el Anteproyecto tiene cuatro. La confusión a este respecto es singularmente relevante a los efectos de lo que señala la disposición final segunda, en la que se enumeran los preceptos de la Ley que no tienen carácter de ley orgánica. No parece que la omisión en esa enumeración de la disposición adicional cuarta sea deliberada, si se tiene en cuenta que en ella se prevé la modificación de una norma con rango de ley ordinaria. Más allá de esto, por la primera disposición adicional se califica a la AEPDS como organización nacional antidopaje, por la segunda se crea el Tribunal Administrativo del Deporte, estableciendo sus reglas de composición y funcionamiento, por la tercera se contempla el traspaso de funciones y personal de la Subdirección General de Deporte y Salud del Consejo Superior de Deportes a la nueva Agencia, y por la cuarta se prevé añadir un nuevo apartado cinco al artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, atribuyendo legitimación para recurrir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte que se dicten en asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje a las personas mencionadas en el artículo 40.4 del Anteproyecto.

Conviene finalmente destacar la disposición transitoria primera, la cual prevé que la normativa anterior siga rigiendo las infracciones en materia de dopaje cometidas antes de la entrada en vigor de la Ley proyectada, así como



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

los procedimientos disciplinarios en materia de represión del dopaje que se hubieran iniciado antes de esa entrada en vigor, esto último salvo que el interesado opte por la aplicación de la nueva Ley.

En aplicación del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, el Anteproyecto se acompaña de una MAIN, en la que se aglutinan las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, así como la memoria económica y el informe sobre el impacto por razón de género, dándose cumplimiento a lo ordenado en el artículo 22.2 de la Ley del Gobierno.

V.

EXAMEN DEL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO.

El Anteproyecto sometido a informe es extenso y aborda materias muy variadas. Obviamente, no resulta procedente efectuar un examen exhaustivo de todas ellas, sino sólo de las más relevantes y conectadas con la función consultiva de este Órgano. Entre éstas destaca la que afecta a la interrelación entre los procedimientos administrativos sancionadores y los procedimientos penales que se instruyan en relación con conductas relacionadas con el dopaje, la cual se pone de manifiesto, sobre todo, en las previsiones relativas a las fórmulas de comunicación y colaboración recíproca entre las respectivas autoridades administrativas y judiciales, que tan relevantes resultan –entre otras cosas– a fin de preservar el principio *non bis in idem*.

Junto a ella, el Informe prestará atención a la posible incidencia que en el plano administrativo sancionador puede tener –a los efectos de beneficiarse de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

una atenuante– la colaboración de un sujeto en la detección de una infracción, incluso de índole penal, de las normas antidopaje. Asimismo, en una órbita cercana, estarían las previsiones concernientes a la intervención de la autoridad judicial en el contexto de determinadas actuaciones administrativas, ya sea con carácter previo (autorizaciones en relación con la potestad de inspección dentro de las facultades de control y supervisión de productos susceptibles de ser utilizados para el dopaje) o posterior (revisión en sede contenciosa de las resoluciones de la autoridad administrativa), así como al valor que cabe dar en el ámbito administrativo al contenido de resoluciones judiciales dictadas en el marco de un proceso penal.

Otros dos aspectos que resultan de interés desde la óptica de este Órgano constitucional, a los que se dedicarán los dos últimos epígrafes de este Informe, son los relativos a la obligación de someterse a controles de dopaje, junto con las garantías de que dicha obligación se rodea, y a las modificaciones introducidas en el régimen sancionador en materia de dopaje.

1. LAS PREVISIONES RELATIVAS A LA COLABORACIÓN ENTRE LA AUTORIDAD JUDICIAL Y LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA (ARTÍCULO 33 DEL ANTEPROYECTO).

El artículo 33 (“Colaboración con las autoridades judiciales”) prevé diversas fórmulas de colaboración recíproca entre la autoridad judicial (léase Juez de Instrucción) y la administrativa (léase, Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte), correspondientes a las distintas fases que puede atravesar el procedimiento penal eventualmente incoado por la posible violación del artículo 361 bis del Código Penal; el cual castiga con las penas de prisión de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años, a quien, sin justificación terapéutica, *prescriba, proporcione, dispense, suministre, administre, ofrezca o facilite a deportistas* federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, *sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos* no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, *pongan en peligro la vida o la salud* de los mismos. Sin duda, las fórmulas de colaboración entre la autoridad judicial y la administrativa constituyen uno de los ejes fundamentales del análisis de la Norma en proyecto que corresponde hacer a este Consejo, y a ellas pasamos a dedicar las siguientes páginas.

a) La puesta en conocimiento del Juez de posibles infracciones al artículo 361 bis del Código Penal.

La colaboración comenzaría por el deber de la AEPSP de poner en conocimiento inmediato del Juez competente para la instrucción del correspondiente proceso, la posible existencia de conductas que pudieran ser constitutivas del delito previsto en el artículo 361 bis del Código Penal (CP), si tuviera conocimiento de ellas en el ejercicio de sus funciones. Se trata de un grado de colaboración elemental (proporcionar al Juez la *notitia criminis*), que por lo demás está contemplado con carácter general en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), conforme a cuyo artículo 262, “*los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía (...)".

b) El informe de la AEPSD sobre la concurrencia de peligro para la vida o la salud de los deportistas.

En un estadio más avanzado, si el proceso penal por la posible infracción del artículo 361 bis CP ya se hubiera incoado, el apartado 2 del proyectado artículo 33 prevé la posibilidad de que el Juez de Instrucción solicite de la AEPSD la emisión de un informe sobre la concurrencia de peligro para la vida o la salud de los deportistas, ya que ése es el factor que cualifica el tipo penal frente al administrativo.

El precepto, que dispone que *"a estos exclusivos efectos, [el Juez] proporcionará a la Agencia los elementos probatorios necesarios para emitir el informe"*, señala que *"el Ministerio Fiscal podrá también solicitar del Juez instructor la práctica de esta diligencia probatoria"*. Con respecto a esta previsión, cabe decir que estaríamos ante una pericia practicada durante la fase de instrucción, que en principio tendría el valor de diligencia sumarial, aunque podría cobrar el valor de prueba anticipada dependiendo de las circunstancias, lo que deberá ser tenido en cuenta a la hora de aplicarle uno u otro régimen jurídico, extremo éste que tal vez sería bueno que la Norma en proyecto clarificase. Junto a ello, deben hacerse las siguientes observaciones.

En primer lugar, se echa en falta el establecimiento de un plazo máximo dentro del cual deberá evacuar su informe la AEPSD, si se piensa que el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

resultado de esa pericia condicionará en gran medida la continuación o no de la instrucción, y por consiguiente la situación personal del sujeto o sujetos investigados. Ello sería coherente, además, con lo previsto por el propio Anteproyecto en el apartado 4 de este artículo 33, donde se marca un plazo de 20 días para que el Juez instructor remita a la AEPSD los elementos de prueba necesarios para la continuación de los procedimientos sancionadores.

En segundo lugar, debe recordarse que es siempre el propio Juez instructor a quien corresponde decidir qué datos o elementos fácticos [sería preferible esta terminología a la de “elementos probatorios”] deben facilitarse al perito para que éste elabore su dictamen, por lo que debería reconsiderarse el empleo del futuro de obligación (“proporcionará a la Agencia los elementos probatorios necesarios para emitir el informe”) en el pasaje que venimos analizando.

Tercero, parece claro que el Juez, que no está obligado a solicitar este informe de la AEPSD, podría recabar un dictamen pericial de distinta procedencia. No obstante, la norma proyectada refleja lo que será más frecuente y operativo, que es solicitar la emisión de informe a la AEPSD, ya que en la práctica, habiendo un organismo oficial con un alto grado de especialización y dotación de medios técnicos y humanos, lo habitual es que el instructor recabe el informe pericial de ese organismo. Por lo demás, no sería necesario recabar más de un dictamen pericial –como prevé el artículo 459 LECrim para el sumario–, pues al tratarse de un delito que deberá ser enjuiciado conforme al procedimiento abreviado, rige la norma del artículo 778.1 LECrim, en virtud del cual “el informe pericial podrá ser prestado sólo por un perito cuando el Juez lo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

considere suficiente”; como sin duda ocurrirá en la generalidad de los casos con los informes que emita la AEPSD.

Esa suerte de exclusividad y preeminencia que el Anteproyecto parece otorga a los informes de la AEPSD se advierte también en el apartado siguiente del artículo 33, que comienza diciendo que “una vez emitido el informe, el Juez de Instrucción resolverá sobre la procedencia de continuar el proceso penal”. La Norma en proyecto parece querer fijar un obligado hito dentro del proceso penal cuando se investigue este tipo de delitos, de tal forma que el instructor deba necesaria y expresamente pronunciarse sobre la continuación o no de la causa en ese preciso momento, es decir, tras la recepción del informe evacuado por la AEPSD. Sin embargo, la decisión del instructor a ese respecto no tiene por qué basarse únicamente en el resultado de esa diligencia, ni su criterio al respecto estar suficientemente fraguado todavía, lo que aconseja no marcar un itinerario rígido, entre otras cosas porque, puesto que la investigación seguirá avanzando, la decisión de continuar con el proceso podría ser revertida no mucho tiempo después. Se sugiere pues revisar la redacción de este apartado para evitar la sensación de que el informe emitido por la AEPSD tendrá la virtud de mediatizar la capacidad del Juez para decidir sobre la continuación o no del proceso penal, o al menos para obligarle a que tome esa decisión en un determinado momento, ya que ello va en detrimento de la función del Juez instructor, que es a quien corresponde apreciar el cuándo y el porqué de seguir adelante con la causa. La importancia de esta materia no pasa desapercibida al prelegislador, como lo muestra el hecho de que la Exposición de Motivos, al glosar esta previsión del artículo 33, diga que en la emisión de este dictamen la AEPSD informará, “con pleno respeto a la independencia judicial”, “acerca de la posible existencia de peligro grave para la vida o la salud de los deportistas a quienes se les haya



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

administrado o proporcionado la sustancia o método prohibido”. Por cierto que el adjetivo «grave», como modificativo del sustantivo «peligro», no aparece en el artículo 361 bis CP, ni tampoco en el artículo 33.2 del Anteproyecto, por lo que no debería incluirse en este pasaje de la Exposición de Motivos.

c) La preservación del principio non bis in ídem.

Por otra parte, si de lo que se trata –como en seguida vamos a ver– es de que la AEPSD pueda extraer consecuencias de cara a la suspensión de sus procedimientos sancionadores y la suspensión provisional del sujeto penalmente investigado, no se ve por qué aguardar a la decisión que adopte el Juez con posterioridad a la emisión del informe por la AEPSD, pudiendo establecerse esas mismas consecuencias por el hecho mismo de que la instrucción penal haya comenzado y el Juez haya solicitado la evacuación del informe. En efecto, el artículo 33.3 del Anteproyecto indica que, en caso de que el instructor considere procedente continuar con el proceso penal, deberá comunicarlo a la AEPSD a los efectos de que ésta deje en suspenso la tramitación de los procedimientos sancionadores que estén en curso contra los presuntos responsables de la infracción penal, en los que aprecie identidad de hecho y fundamento. Esta previsión es la que puede considerarse más cercana, dentro del Anteproyecto, con la preocupación por preservar el principio *non bis in idem*.

En la legislación actualmente en vigor, esta preocupación es más explícita y da lugar a una regulación bastante más precisa –y creemos que también más acertada– de la materia. Así, el artículo 23 de la L. O. 7/2006, que no en vano se titula “prohibición del *bis in idem*”, comienza señalando que “no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penalmente, en los casos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento” (previsión que es un trasunto del artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). En coherencia con ello dispone el deber del órgano disciplinario de suspender la tramitación del procedimiento sancionador en cuanto advierta indicios de delito –y de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal–, así como cuando concurriendo esa triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, tenga noticia de que los mismos hechos están siendo perseguidos en vía penal, sin perjuicio de su posterior reanudación si procediese.

Ello resulta coherente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) a propósito del principio *non bis in ídem*, que dicho Tribunal considera integrado desde la Sentencia 2/1981, de 30 de enero, en el derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora del artículo 25.1 de la Constitución española (CE). El mencionado principio, que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión a un mismo sujeto, por el mismo hecho y en virtud del mismo fundamento, ya se trate de una dualidad de sanciones administrativas, penales o mixtas (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, F. 3; 2/2003, de 16 de enero, F. 3; 188/2005, de 7 de julio, F. 2), en su vertiente formal o procesal se concreta en la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal. De esa subordinación a la autoridad judicial se desprende, entre otras cosas, que los órganos de la Administración no podrán llevar a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores cuando los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta penal, mientras la autoridad judicial no se haya



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

pronunciado sobre ellos (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, FF. 2 y 3; 2/2003, de 16 de enero, F. 3).

En consecuencia, se recomienda revisar el artículo 33.3 del Anteproyecto, en orden a establecer, si no una proclamación expresa relativa a la imposibilidad de sancionar administrativamente los hechos ya sancionados en vía penal, cuando concorra identidad de sujeto, hechos y fundamento, sí al menos un cierto automatismo en producirse la suspensión del procedimiento administrativo, toda vez que la AEPSD tenga conocimiento de que se ha producido el inicio de una instrucción penal dándose esa triple identidad; sin necesidad por tanto de aguardar a que el Juez de Instrucción haya decidido continuar con las actuaciones tras recabar el informe emitido por la propia AEPSD, que es lo que dispone el Anteproyecto. Junto a ello, no estaría de más que la futura Norma precisara algo mejor el curso que habrá de darse al procedimiento administrativo, o el alcance de la resolución que la AEPSD deberá dictar para el caso de que el proceso penal haya concluido con una condena: el texto remitido para informe se limita a disponer que esa condena llevará aparejada la medida de suspensión de la licencia federativa por el mismo plazo establecido para la infracción administrativa equivalente.

Por otro lado, la suspensión de los procedimientos sancionadores en curso quizás no debiera constreñirse únicamente a los dirigidos contra los presuntos responsables de la infracción penal, habida cuenta de que ésta sólo puede ser cometida por quien prescribe, proporciona, dispensa, suministra, administra, ofrece o facilita a un deportista una sustancia o método prohibido, y por tanto no por el deportista mismo. Dada la estrecha relación entre las acciones a las que el art. 361 bis CP se refiere y la hipotética conducta del



deportista destinatario de las mismas, parecería razonable prever la posibilidad de que la AEPSD paralizara también la tramitación de los procedimientos dirigidos contra otros sujetos, aunque éstos no sean –no puedan ser– los presuntos responsables de la infracción penal, en la medida en que en la evaluación de su conducta van a influir con toda seguridad los hechos que se acrediten en el proceso penal. Ciertamente, esto ya no tendría su justificación en el principio de *non bis in idem*, aunque sí en el de evitar resoluciones contradictorias en el ámbito penal y el administrativo, de tal forma que unos mismos hechos den lugar a resoluciones de distinto signo dependiendo de los sujetos frente a los que se dirija. Esto además permitiría dar sentido pleno a la previsión de que los hechos probados en el procedimiento penal deben ser tomados como tales en el administrativo sancionador (vid. artículo 39.5.e/ del Anteproyecto), aunque éste no se dirija necesariamente frente a la misma persona que aquél.

d) La suspensión provisional asociada a la continuación de la causa penal.

En caso de que el instructor decida seguir adelante con el procedimiento penal, el Anteproyecto contempla que la AEPSD pueda acordar la *suspensión provisional* de la licencia federativa de las personas contra las que se dirija dicho procedimiento previa audiencia del interesado, medida que el precepto dice incluir “a la luz de los principios del artículo 10 del Código Mundial Antidopaje”, y que la Exposición de Motivos justifica por el hecho en sí de que el instructor considere que hay suficientes indicios de delito como para continuar con su investigación. Se puntualiza que el tiempo de duración de esta medida cautelar se descontará de la suspensión que pudiera derivarse en caso de que finalmente el sujeto suspendido sea condenado como responsable del delito, pues en efecto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

el párrafo a continuación establece que cuando el proceso penal finalice con una condena por la comisión de un delito de dopaje, dicha condena llevará aparejada automáticamente, como medida asociada, la suspensión de la licencia federativa durante el plazo previsto para las infracciones administrativa equivalentes, medida que será adoptada por la AEPSD una vez tenga conocimiento de la condena.

Con respecto a estas previsiones cabe observar que la alusión a los principios del artículo 10 del CMA como fundamento para el establecimiento de una suspensión provisional ligada a la continuación en sí de la instrucción no parece estar bien trazada, puesto que ese artículo se refiere únicamente a la deducción del tiempo de la suspensión provisional del periodo de suspensión que se imponga definitivamente. Es el artículo 7.5 del CMA el que contiene los “principios aplicables a las suspensiones provisionales”, pero en él no se contempla la posibilidad de imponer una suspensión provisional por el hecho de que un sujeto esté siendo investigado penalmente, sino como consecuencia de haberse obtenido un resultado analítico adverso en una muestra “A”, o por otras infracciones de las normas antidopaje. Esto no quiere decir que el legislador español no pueda establecer una suspensión provisional en los términos del artículo 33.3.II del Anteproyecto, aunque probablemente sería más atinado ligar la suspensión provisional no al hecho de la continuación de la instrucción, sino al dato de que se haya acordado la apertura del juicio oral o se haya dictado el auto de transformación a procedimiento abreviado; sin embargo, lo que en cualquier caso debería eliminarse es la referencia a precepto alguno del CMA, o al menos sustituir la referencia del artículo 10 por la del artículo 7.5 CMA.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En relación igualmente con la suspensión provisional, y si se previera [siguiendo la recomendación *supra* formulada] la posibilidad de suspender la tramitación de los procedimientos eventualmente en curso contra los deportistas que aparezcan como sujetos pacientes de la conducta penalmente investigada, es claro que habría que puntualizar si el hecho de que haya una causa penal abierta contra el presunto autor de un delito de dopaje podría motivar la suspensión provisional del deportista presunto destinatario de la acción punible. Probablemente, dada la variedad de conductas que contiene el tipo del artículo 361 bis CP, la respuesta no debería ser la misma en todos los casos. Si, por el contrario, se mantuviese el criterio de que el procedimiento sancionador eventualmente abierto contra el deportista no debe nunca ser objeto de suspensión, no hay duda de que el órgano competente para resolver podrá adoptar, entre otras, la medida de suspensión provisional de la licencia federativa (artículo 38.III del Anteproyecto).

En tercer lugar, la suspensión prevista como medida asociada que deberá ser adoptada automáticamente por la AEPSP una vez ésta tenga conocimiento de la condena por la comisión de un delito de dopaje, exigiría la puntualización de que esta condena se haya producido en virtud de resolución judicial firme, así como prever la posibilidad de una suspensión provisional para el caso de que esa condena penal no fuese firme; esto último por coherencia con la proyectada suspensión provisional vinculada al mero dato de la continuación del proceso penal, a cuya oportunidad acabamos de referirnos.

e) No continuación de las actuaciones penales y facilitación de medios de prueba a la autoridad administrativa.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En el siguiente apartado del artículo 33 del Anteproyecto [el cuarto, aunque esté incorrectamente numerado nuevamente como apartado 3], se señala que si como consecuencia del informe emitido por la AEPSD el Juez instructor concluye que no procede continuar con las actuaciones, se lo comunicará a la AEPSD, a los efectos de que ésta continúe –o, dicho de otro modo, no paralice– la tramitación de los procedimientos sancionadores en curso. La AEPSD podrá solicitar que le sea remitida la resolución que ponga término al proceso con el fin de dar por acreditados los hechos probados que aquella contenga. Ello debe relacionarse con el artículo 39.5.e/ del Anteproyecto, sobre el que después volveremos, conforme al cual “las sentencias o resoluciones administrativas firmes harán prueba de los hechos que declaren probados contra el deportista u otra persona a la que afecte la sentencia”. Nótese, no obstante, que la letra siguiente de este mismo precepto, señala que “el deportista u otra persona podrá refutar todos los hechos y presunciones que le perjudiquen”, lo que ayuda a modular la expresión “dar por acreditados” contenida en el artículo que venimos analizando. La naturaleza del órgano y la finalidad de la obtención de la resolución por la AEPSD permiten apreciar la existencia de un “interés legítimo” que justificaría, desde luego, el acceso al texto de la resolución (artículo 266 LOPJ). En cuanto al deber de remisión de la misma, no parece que haya inconveniente en establecerlo en el marco de una legislación sectorial como la que nos ocupa.

Junto a lo anterior, el artículo 33.4 del Anteproyecto [conforme a la errónea numeración a la que hemos aludido] dispone que la AEPSD podrá solicitar del Juez de Instrucción que le proporcione aquellos elementos de prueba obrantes en autos que puedan ser necesarios para la tramitación de los procedimientos sancionadores, si bien la respuesta a esta petición por parte de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la autoridad judicial deberá hacerse mediante resolución motivada y la eventual entrega limitarse a las pruebas que una estricta aplicación del principio de proporcionalidad permita, para respetar adecuadamente –como recuerda la Exposición de Motivos, aunque sin concretarlos– los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto.

En efecto, debe partirse de que la aportación de material probatorio obtenido en la fase de instrucción de un proceso penal (sería mejor decir del “resultado de las diligencias practicadas durante la instrucción penal”, pues en puridad solo se reputan “pruebas” aquellas practicadas en el juicio oral, salvo supuestos de pruebas preconstituidas o anticipadas) como posible prueba en un procedimiento administrativo sancionador, se topa con el inconveniente de que, por definición, en este último está ausente la garantía que representa la intervención del Juez para la obtención de determinadas pruebas que pueden comprometer los derechos fundamentales de los sujetos investigados (v. gr. intervención de las comunicaciones, entrada y registro domiciliarios, extracción de muestras biológicas). De ahí que esta clase de pruebas no pueda realizarse cuando se trate de la instrucción de un expediente sancionador o disciplinario, a menos que se dé la intervención autoritativa de un Juez, pues se entiende que el bien jurídico a preservar (potestad disciplinaria o sancionadora de la Administración), a diferencia del *ius puniendi*, no justifica su realización (falta de proporcionalidad). Por eso, el trasvase sin más de la totalidad del material probatorio recabado durante la instrucción penal a la entidad con potestad sancionadora administrativa en esa misma área, no es posible. La alusión del precepto al necesario respeto del principio de proporcionalidad parece querer superar este obstáculo, pero mejor que indicar que el Juez instructor no podrá remitir ningún material probatorio cuya entrega pudiese vulnerar dicho principio,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sería establecer de forma explícita que el Juez no podrá facilitar ningún material probatorio que, por su naturaleza, pudiera afectar a los derechos fundamentales del sujeto investigado, ya que el hecho de que esas pruebas se hayan obtenido en el curso del proceso penal bajo el oportuno control judicial no las hace aptas para ser trasladadas a un proceso de naturaleza distinta, como es el administrativo sancionador.

A este respecto es ilustrativa la doctrina de la STS, Sala 3ª, de 30 de abril de 2012 (ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas). En el caso se trataba de dilucidar si las conversaciones de un sujeto, que habían sido captadas en el marco de una diligencia de intervención de las comunicaciones dictada contra la persona con la que el primero mantenía dichas conversaciones, se benefician de la garantía del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE, o si por el contrario no están protegidas por él y pueden ser utilizadas fuera del proceso penal contra dicho tercero (en concreto en el marco de un procedimiento administrativo disciplinario instruido por el CGPJ, pues el sujeto en cuestión era un Magistrado). El Alto Tribunal observa que para determinar el alcance del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, tal y como se desprende del artículo 10.2 CE y de la doctrina del Tribunal Constitucional. Dicho precepto marca básicamente dos exigencias: (i) predeterminación legal de la posibilidad de intervención de las comunicaciones, y (ii) necesidad de adopción de la medida para la seguridad nacional o pública, el bienestar económico, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En cuanto a la primera exigencia, observa la Sentencia que la posibilidad de intervención de las comunicaciones telefónicas en el marco de un expediente disciplinario, aunque sea mediante auto judicial, no está legalmente prevista. Antes bien, la única previsión legal en nuestro ordenamiento de intervención de las comunicaciones en el ámbito del *ius puniendi* del Estado es el artículo 579.2 LECrim y se refiere estrictamente a delitos. Fuera de ello, por tanto, las conversaciones telefónicas están amparadas por el derecho fundamental del artículo 18.3 CE, de modo que la utilización de las mismas como prueba en el marco de un expediente disciplinario, es decir, en ejercicio del *ius puniendi* disciplinario, vulnera directamente dicho derecho fundamental, al no estar amparada en un precepto legal discernible ni responder a ninguno de los fines que la permiten conforme al artículo 8.2 del Convenio citado.

Trasladando esta doctrina al caso contemplado por el Anteproyecto, parece claro que determinadas pruebas que afecten a los derechos fundamentales del investigado no podrán ser entregadas a la autoridad administrativa so riesgo de conculcar el principio de proporcionalidad al que el precepto se refiere, y en conexión con él los que sirven a garantizar que el sacrificio de un derecho fundamental en el caso concreto está justificado por un fin constitucionalmente protegido. Todos estos factores deberán ser sopesados por el Juez Instructor, y quizás sería bueno –como ya hemos señalado– que el Anteproyecto, en lugar de limitarse a aludir al pleno respeto del principio de proporcionalidad, fuera algo más preciso a este respecto. Asimismo, se recomienda prever un trámite de audiencia a las partes, para que éstas puedan pronunciarse sobre la remisión del material probatorio a la AEPSD.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por lo demás, el Anteproyecto no prevé, pero sería bueno que lo hiciera, la posibilidad de que ese trasvase de material probatorio, además de como consecuencia del archivo de las actuaciones penales en fase de instrucción, se produjera también tras haber recaído una eventual resolución sobre el fondo de naturaleza absolutoria. Naturalmente, ese trasvase debería estar sujeto a la misma clase de cautelas que acaban de mencionarse.

f) Petición de informe al Juez sobre posibles indicios de comisión de infracciones administrativas.

Para terminar con el análisis de este precepto, el último apartado del artículo 33 establece la posibilidad de que la AEPSD pueda solicitar del Juez instructor que, a la vista de las pruebas obrantes en los autos en el marco de un proceso penal seguido por la posible violación del artículo 361 bis CP, le informe sobre la existencia de indicios racionales de comisión de infracciones administrativas en materia de dopaje y de los presuntos responsables, al objeto de poder iniciar los procedimientos sancionadores correspondientes y acordar medidas cautelares. Esta previsión se antoja excesiva, incluso partiendo de la bondad de un sistema de colaboración recíproca de las autoridades judiciales y administrativas con competencias en materia de dopaje deportivo. Y es que una cosa es que el órgano judicial pueda comunicar a la AEPSD la existencia de la investigación penal, o la continuación de la misma (como ya prevé el apartado 3 del precepto), y otra muy distinta que el Juez instructor pueda evacuar un informe de contenido valorativo en el que trace un juicio indiciario sobre la posible comisión de infracciones de índole administrativa y sobre la participación en ellas de determinados sujetos. Semejante posibilidad resulta improcedente, y ello por diversas razones.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En primer lugar porque el instructor estaría efectuando una valoración, que no le corresponde hacer en su calidad de Juez, la cual estaría llamada a producir efectos en el seno de un procedimiento administrativo sancionador respecto del cual ninguna competencia le corresponde, y ello acaso sin haber concluido la propia investigación penal, pues el precepto no parte de la premisa de que la causa penal se haya archivado. Este proceder, a todas luces impropio de quien ejerce funciones jurisdiccionales, podría incluso ser calificado como un supuesto de “asesoramiento jurídico”, incompatible de todo punto con quien desempeña el cargo de Juez o Magistrado (artículo 389.7º LOPJ). En segundo lugar, porque un informe de estas características, evacuado por un Juez – aunque no sea en el ejercicio de su función jurisdiccional–, estaría llamado a adquirir un peso muy relevante en el procedimiento sancionador, mermando injustificadamente las posibilidades de defensa del interesado; máxime si se tiene en cuenta que el informe se efectuaría “a la vista de las pruebas obrantes en autos”, lo que de paso vendría a dotar a ese material probatorio de unas consecuencias exorbitantes, más allá del proceso penal para el que fue recopilado. Tercero, porque semejante juicio indiciario podría llegar a recaer sobre el comportamiento de personas –los propios deportistas destinatarios del suministro o del ofrecimiento de la sustancia o método prohibidos– que, si bien pueden protagonizar la comisión de una infracción administrativa, no pueden aparecer, por definición, como autores del delito del artículo 361 bis CP. Resulta pues de todo punto inadecuado prever que el Juez instructor pueda informar sobre personas y comportamientos que, por definición, nunca podrían ser objeto de investigación en relación con ese delito, y que su informe sea incorporado como un elemento más en el seno de un procedimiento administrativo sancionador.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En consecuencia, debería contemplarse a lo sumo una información a la AEPSD de la apertura de la investigación o de la marcha de la misma, sin pedir al Juez que haga valoraciones de conductas que sólo corresponde hacer a la autoridad administrativa, y mucho menos que aprecie la existencia de posibles responsabilidades a partir de un juicio indiciario que ni es prudente hacer en esa fase del procedimiento, ni mucho menos encomendar que lo haga el instructor al margen o en paralelo al desempeño de sus funciones jurisdiccionales. Todo lo cual conduce a aconsejar vivamente la revisión de lo dispuesto en este último apartado del artículo 33.

2. LA COLABORACIÓN EN LA DETECCIÓN DE UNA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS ANTIDOPAJE COMO ATENUANTE QUE PERMITE BENEFICIARSE DE UNA REDUCCIÓN EN LA SANCIÓN DE SUSPENSIÓN (ARTÍCULOS 27.3.c/ Y 36 DEL ANTEPROYECTO).

De conformidad con el artículo 27.3.c) del Anteproyecto se considerará circunstancia atenuante:

“La colaboración del deportista u otra persona proporcionando una ayuda sustancial, que permita descubrir o demostrar una infracción de las normas antidopaje, un delito o la infracción de las normas profesionales por otro deportista u otra persona. La aplicación de esta atenuante se ajustará a lo dispuesto en el artículo 36 de esta Ley”.

En correspondencia con ese precepto, el artículo 36 de la Norma en proyecto dispone cómo deberá aplicarse la reducción de la sanción de suspensión, reiterando el principio de que esa reducción procederá cuando el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

deportista u otra persona haya proporcionado *“una ayuda sustancial, que permita descubrir o demostrar una infracción de las normas antidopaje, un delito o la infracción de las normas profesionales por otro deportista u otra persona”*.

Una sola observación cabe hacer al hilo de este pasaje, coincidente en ambos preceptos, y tiene que ver con la falta de precisión de la redacción, ya que tomado literalmente da a entender que la colaboración prestada por el sujeto incurso en causa de suspensión [en un procedimiento administrativo sancionador de los que regula la Ley proyectada] relacionada con la detección de “un delito” – es decir, de cualquier delito– puede ser causa suficiente para lograr beneficiarse de la atenuante en cuestión. Sin embargo, parece lógico interpretar que no se trata de que el sujeto colabore en la detección o demostración de un delito cualquiera, sino en particular de un delito de dopaje tipificado en el artículo 361 bis CP, ya que ningún interés puede haber desde la óptica de las competencias de la AEPSD en la persecución de otros delitos. Parece recomendable efectuar la puntualización correspondiente en ambos pasajes.

3. LA INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL EN EL MARCO DE LA POTESTAD DE INSPECCIÓN (ARTÍCULO 57 DEL ANTEPROYECTO).

Con arreglo al artículo 57 del Anteproyecto, *“las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Servicios de Inspección Sanitaria del Estado así como los órganos de las Comunidades Autónomas que tengan atribuida la competencia y el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, por su propia iniciativa o a instancia de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, podrán inspeccionar los botiquines y demás instrumentos que permitan custodiar*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

o albergar los productos y sustancias susceptibles de dar un resultado analítico adverso en un control de dopaje”. Dicho precepto añade a continuación que “*en el supuesto de que fuera preciso deberán solicitar la autorización a que se refiere el artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*”.

Por su parte, el artículo 8 de la Ley 29/1998 dice, en el primer párrafo de su apartado 6:

“6. Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública”.

Como puede verse, el artículo 8.1 de la Ley 29/1998 contempla la posibilidad de entrada en domicilios y otros lugares análogos cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, supeditándola a que ello sea procedente para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública. Esta última exigencia hace que la referencia del Anteproyecto al “supuesto de que fuera preciso” resulte ambivalente, pues podría significar tanto que esa autorización es precisa cuando la inspección de botiquines e instrumentos análogos pueda considerarse equiparable a la entrada en un domicilio o recinto similar, admitiendo que no en todos los casos se podrá trazar esa equiparación, pero con independencia de que no se trate de la ejecución forzosa de un acto administrativo; o bien que, partiendo de la premisa de que dicha equivalencia siempre se dará, la necesidad de autorización queda supeditada precisamente,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

como ocurre en general, a que se trate de una medida necesaria para la ejecución forzosa de un acto administrativo.

Una primera interpretación sería sea la de que el precepto crea un nuevo caso en el que, pese a no tratarse de la ejecución forzosa de actos de la Administración pública, puede ser procedente llevar a cabo una diligencia especial –inspección de botiquines– perteneciente al tipo «entrada/registro domiciliario», y que por eso mismo debe ser autorizada judicialmente. La principal virtud de la norma sería pues la de indicar, de forma abreviada o por referencia, que los órganos judiciales que deben otorgar esa autorización son los Juzgados de lo Contencioso-administrativo. No obstante, para lograr una mayor claridad a este respecto, sería más atinado que el precepto, en lugar de aludir a “la autorización a que se refiere el artículo 8 de la Ley 29/1998”, se refiriera a “una autorización de la misma clase” o a “una autorización prestada por el mismo tipo de órgano” al que se refiere el artículo 8 de la Ley 29/1998, haciendo abstracción del hecho de que pueda no tratarse de la ejecución forzosa de actos administrativos.

La otra alternativa, la de la equiparación lineal de los botiquines al domicilio, haría aconsejable que la Norma en proyecto, en lugar de referirse de manera hipotética a la posibilidad de recabar la autorización judicial, dispusiera la necesidad de obtener dicha autorización en todo caso, por tratarse del acceso a un lugar que, como el domicilio, requiere del consentimiento del titular; y ello siempre que se dé el requisito general de aplicación del artículo 8 de la Ley 29/1998, es decir, que se trate de la ejecución forzosa de un acto administrativo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

4. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS PARA LA REPRESIÓN DEL DOPAJE (ARTÍCULO 37 DEL ANTEPROYECTO) Y LA REVISIÓN DE SANCIONES EN MATERIA DE DOPAJE (ARTÍCULO 40 DEL ANTEPROYECTO).

a) La competencia en materia de procedimientos disciplinarios para la represión del dopaje.

La regulación de la potestad disciplinaria en materia de dopaje en el deporte se atiene a un esquema ciertamente complejo. En principio, como se señala en el artículo 37.1 de la Norma proyectada, dicha potestad corresponde a la AEPSD cuando la actividad deportiva de referencia sea efectuada con licencia deportiva estatal. No obstante, la AEPSD podrá celebrar convenios con las federaciones deportivas para delegar en éstas la competencia, en los términos establecidos en el artículo 7.6 del propio Anteproyecto. En este caso, la falta de resolución del expediente incoado en un plazo de dos meses permitirá la avocación singular de la competencia delegada. Por otro lado, las Comunidades Autónomas pueden celebrar convenios con la AEPSD, para atribuirle el ejercicio de la competencia sancionadora en materia de dopaje respecto de deportistas o competiciones de ámbito autonómico. A la AEPSD se le asigna también la competencia sancionadora en defecto de Comunidad Autónoma que la pueda asumir, cuando se trate de un deportista con licencia autonómica pero la prueba se haya celebrado en el territorio de otra Comunidad.

El artículo 37.1 se cierra con un párrafo en el que se indica en qué casos la AEPSD carece de competencias sancionadoras. Así sucede cuando se trate de deportistas calificados oficialmente como de nivel internacional o que participen en competiciones internacionales. Por cierto que no estaría de más



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que la futura Ley estableciera con precisión qué debe entenderse por “deportistas de nivel internacional”. El CMA lo hace en su Apéndice (donde se les define como “deportistas designados por una o varias federaciones internacionales como integrantes de un grupo sometido a controles”), y otro tanto sería recomendable que hiciera el Anexo de la Norma en proyecto, donde se incluyen otras definiciones procedentes del Apéndice del CMA, pero no ésta.

Pues bien, en estos supuestos la competencia corresponderá a las federaciones españolas, aunque “por excepción” –dice el precepto– “dicha competencia podrá ser asumida por las Federaciones Internacionales, previa la firma del correspondiente convenio con la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte en el que se establecerán las condiciones económicas y de todo tipo bajo las que se asumirá dicha competencia”. En el antepenúltimo párrafo del apartado VII de la Exposición de Motivos se ofrece una explicación sobre esta previsión, según la cual la ausencia de competencias sancionadoras de la AEPSD respecto de los deportistas oficialmente calificados por las federaciones u organizaciones internacionales como deportistas de nivel internacional, se justificaría por la supuesta no sujeción de éstos últimos al ámbito de aplicación de la Ley. En efecto, el artículo 1.3 de la Ley proyectada señala que “los deportistas calificados oficialmente como de nivel internacional o que participen en competiciones internacionales están sometidos a las normas y procedimientos de la Federación Internacional correspondiente y de la Agencia Mundial Antidopaje”, pero aparte de que ello se establece “sin perjuicio de la posibilidad de someterlos a controles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de esta Ley”, la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley no puede ser efectiva desde el momento en que el artículo 37.1, como venimos explicando, contempla la posibilidad de que la potestad sancionadora respecto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de esos deportistas recaiga, si no en la AEPSD, sí en las federaciones españolas, toda vez que no se haya alcanzado convenio con la respectiva federación internacional; y como es lógico, y se desprende del artículo 40.1 del Anteproyecto, las federaciones españolas deberán ejercer su potestad sancionadora con arreglo a las prescripciones de esta Ley. Esto pone de manifiesto no ya una divergencia entre lo enunciado en la Exposición de Motivos y lo reflejado en el artículo 37.1, sino lo que es más grave, entre lo dispuesto en este precepto y lo que parece desprenderse del artículo 1.3.

Por otro lado, continuando con los deportistas de alto nivel, la Exposición de Motivos presenta como régimen ordinario el del convenio con las federaciones internacionales y como régimen subsidiario el de la atribución de competencias a las federaciones españolas, pues da a entender que la competencia corresponde a las federaciones internacionales, y en su defecto a las españolas, si la AEPSD no hubiera celebrado el correspondiente convenio con aquéllas. Sin embargo, en el texto articulado sucede al revés: parece establecerse una atribución primaria de la competencia a las federaciones españolas y una posible asunción excepcional de la competencia por parte de las federaciones internacionales, previa la firma del correspondiente convenio. Pero, más importante que esta posible incoherencia, es la que se desprende de negar primero a la AEPSD la competencia en materia de procedimientos disciplinarios respecto de esos deportistas de nivel internacional, con la consiguiente atribución de dicha competencia a las federaciones españolas, para a continuación prever que es dicha Agencia la llamada a suscribir con las Federaciones Internacionales los correspondientes convenios para que éstas puedan asumir la competencia en cuestión. La lógica indica que si la competencia disciplinaria se residencia en esos casos en las federaciones



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

españolas, deberían ser éstas y no la AEPSD, las llamadas a suscribir esa clase de convenios con las federaciones internacionales. Este desajuste, así como el anteriormente señalado sobre el ámbito de aplicación de la ley en relación con los deportistas de nivel internacional, reclaman una reconsideración más pausada de toda esta materia de cara a la redacción del texto legislativo definitivo.

En particular, el tema de la inclusión o no de los deportistas de nivel internacional en el ámbito de aplicación de la Ley vuelve a aflorar en el artículo 40, relativo a la revisión de sanciones en materia de dopaje. En el apartado segundo de este precepto se señala que las resoluciones dictadas en relación con deportistas que por ser calificados oficialmente como de nivel internacional no estén incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley, o las que se dicten en el marco de una competición internacional, podrán ser recurridas ante el órgano y con arreglo al sistema de resolución de conflictos previsto en la normativa de la Federación Internacional correspondiente.

El principal problema interpretativo que suscita esta disposición es que, tal y como hemos visto, la potestad sancionadora respecto de estos deportistas puede recaer –y recae primariamente– en las federaciones españolas, las cuales están sometidas a las normas de esta Ley. Si lo que quiere decirse es que también las federaciones españolas, en esos casos, se atenderán a las normas internacionales para imponer las sanciones, debería puntualizarse debidamente en el artículo 40.1 del Anteproyecto, porque la alusión final del artículo 40.2 a la Federación Internacional correspondiente bien podría interpretarse como una referencia al caso de que, por haber convenio, la potestad sancionadora ha pasado a ejercerse por la federación internacional, pero dado que tal convenio



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

puede no haberse suscrito, conviene aclarar qué sucede cuando la potestad sancionadora respecto de esos deportistas la ejerce una federación nacional. Esta aclaración resulta de gran importancia, porque la aplicación de una u otra normativa condicionará el sistema de recursos –administrativo y judicial– contra las resoluciones dictadas en tales casos por las federaciones nacionales.

b) La revisión de sanciones en materia de dopaje.

Por lo demás, con respecto a la revisión de las sanciones administrativas en materia de dopaje, el artículo 40 del Anteproyecto prevé que las resoluciones adoptadas conforme a la presente Ley por la AEPSD o por los órganos disciplinarios de las federaciones deportivas españolas, o los actos de trámite que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, causen indefensión o perjuicio irreparable para los derechos e intereses legítimos de los afectados, puedan ser recurridos ante el Tribunal Administrativo del Deporte (TAD), órgano que se creará conforme a la disposición adicional segunda del Anteproyecto. Las resoluciones que dicte el TAD en esta materia serán inmediatamente ejecutivas, agotan la vía administrativa, y contra las mismas las personas legitimadas podrán interponer recurso contencioso-administrativo (artículo 40.5.c/ del Anteproyecto).

El apartado 4 del artículo 40 enumera las personas que tendrán legitimación para recurrir las sanciones, así como para interponer el eventual recurso contencioso-administrativo frente a las resoluciones del TAD. Se trata de las siguientes:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- a) El deportista o sujeto afectado por la resolución.
- b) La eventual parte contraria en la resolución o los perjudicados por la decisión.
- c) La federación deportiva internacional correspondiente.
- d) El organismo antidopaje del país de residencia del atleta.
- e) La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte.
- f) La Agencia Mundial Antidopaje.
- g) El Comité Olímpico Internacional o el Comité Paralímpico Internacional cuando la resolución afecte a los Juegos Olímpicos o Juegos Paralímpicos.

Con respecto a esta enumeración, que sin duda evoca la plasmada en el apartado 13.2.3 del CMA (“personas con derecho a recurrir”), cabe hacer básicamente dos observaciones. La primera es que el prelegislador español planea incluir, entre los legitimados para recurrir las decisiones de la AEPSD, de las federaciones nacionales y, en su caso, del TAD, al Comité Olímpico o Paralímpico Internacional cuando la resolución afecte a los Juegos Olímpicos o Paralímpicos. Sin embargo, el CMA contempla esta legitimación única y exclusivamente para los recursos interpuestos en el marco del artículo 13.2.1, esto es, los relativos a deportistas de nivel internacional. Pero además, en este caso, la decisión sólo se podrá recurrir ante el llamado TAS, por sus siglas en francés (*Tribunal Arbitral du Sport*), de acuerdo con las disposiciones en vigor de ese tribunal. Ello desaconseja incluir, sin más, al Comité Olímpico o Paralímpico Internacional en la lista de sujetos legitimados del artículo 40.4, pues en él se está contemplando únicamente el recurso ante el Tribunal Administrativo del Deporte, instancia interna cuya creación dispone la propia Ley en proyecto. Es más, debido a que el artículo 13.2.1 del CMA es taxativo en cuanto a la vía de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

recurso de las sanciones impuestas a deportistas de nivel internacional, el artículo 40.3 del Anteproyecto debería ser más tajante a la hora de remarcar esa taxatividad o exclusividad, de tal forma que en lugar de señalar que las resoluciones dictadas en relación con ese tipo de deportistas “podrán ser recurridas ante el órgano y con arreglo al sistema de resolución de conflictos previsto en la normativa de la Federación Internacional correspondiente”, pasase a decir que “*únicamente* podrán ser recurridas” ante tal órgano, o incluso mejor aludiendo de forma explícita al *Tribunal Arbitral du Sport* (TAS). No se olvide que el artículo 13.2.1 del CMA está entre los preceptos de este instrumento que los Estados signatarios deberán implantar en sus respectivos ordenamientos sin introducir cambios sustanciales (vid. artículo 23.2.2 del propio CMA), y ciertamente la referencia al TAS y a la normativa que lo rige no es equivalente a la alusión a la normativa –y al órgano por ésta previsto– de la Federación Internacional correspondiente.

En segundo lugar, debe señalarse que el artículo 13.2.3 del CMA recoge una vía de recurso frente a las resoluciones dictadas por la instancia de apelación nacional, que debe ser necesariamente prevista por los países signatarios, y que sin embargo el Anteproyecto no refleja. Como hemos señalado, el artículo 40.5.c) del texto informado contempla exactamente el mismo elenco de personas legitimadas del artículo 40.4 –de hecho se remite a éste– para la interposición del recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones del TAD, que será en el caso español la instancia de apelación nacional frente a las resoluciones dictadas por la autoridad nacional antidopaje –la AEPSD– u otros órganos internos con competencias en la materia –los órganos disciplinarios de las federaciones españolas–. Análogamente el nuevo apartado 5 del artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Contencioso-Administrativa, que se prevé añadir por la disposición adicional cuarta del Anteproyecto, otorga legitimación para recurrir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo las resoluciones del TAD que se dicten en asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, a las personas mencionadas en el artículo 40.4 de la Ley en proyecto.

Sea como fuere, la única vía de recurso que el Anteproyecto contempla es la impugnación ante el orden contencioso-administrativo de las resoluciones del TAD, con independencia de cuál sea el concreto interesado en recurrir, ya que el artículo 40.5.c) de la futura Ley no distingue entre diferentes tipos de recursos ni de legitimados. Ocurre sin embargo que, en virtud del artículo 13.2.3 del CMA, para los recursos relativos a deportistas de nivel nacional, tanto la Agencia Mundial Antidopaje como la federación internacional podrán recurrir ante el TAS una decisión dictada por una instancia de apelación nacional. Creemos que debería aparecer en el texto de la futura Ley un reflejo de esta previsión, o en su defecto una explicación en la Exposición de Motivos de las razones por las que no se ha considerado oportuna o necesaria su inclusión. Ésta podría insertarse en el último párrafo del apartado VII, en el que precisamente se hace alusión a las principales novedades del Anteproyecto en relación con la vía de recurso frente a las resoluciones disciplinarias en materia de dopaje, significando que algunas de ellas tienen que ver con el *“cumplimiento de las exigencias que, en relación con la legitimación para recurrir, establece la propia norma de la Agencia Mundial Antidopaje”*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

c) El Tribunal Administrativo del Deporte: denominación y composición.

Finalmente, deben anotarse dos reflexiones que atañen a la propia configuración y denominación del TAD (Tribunal Administrativo del Deporte), instancia de apelación nacional ante la que se articula el recurso de alzada especial al que se refiere el artículo 40.5 del Anteproyecto, y a cuya regulación se destina la disposición adicional segunda del Anteproyecto. La primera reflexión va referida a la propia denominación de este órgano, que aglutinará las competencias en materia de disciplina deportiva, no sólo antidopaje, y reemplazará al actual Comité Español de Disciplina Deportiva, así como a la Junta de Garantías Electorales, órganos que quedan suprimidos y cuyos medios personales y materiales pasarán a corresponder al TAD. Este Consejo considera que la denominación de «Tribunal» debe reservarse en nuestro ordenamiento exclusivamente para aquellos órganos colegiados que ejerzan una auténtica potestad jurisdiccional, y cuyos integrantes pertenezcan al Poder Judicial (artículos 117.3 y 4 CE). Ello no sucede con el TAD, que es un órgano de naturaleza administrativa adscrito al Consejo Superior de Deportes, por mucho que se establezca que actuará con independencia de éste y que sus miembros gozarán de independencia e inamovilidad, sin que puedan recibir orden o instrucción alguna de ninguna autoridad pública o de otra persona. Se recomienda pues buscar una denominación alternativa, que resultaría igualmente válida y que encajaría mejor con la tradición en esta área, como podría ser «Comité», «Consejo», «Junta», o cualquier otro que impida la equivocidad que genera el vocablo «Tribunal», como término asociado a órganos que ejercen funciones jurisdiccionales.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por otro lado, en cuanto a su composición, se habla de siete integrantes, a nombrar por la Comisión Deportiva del Consejo Superior de Deportes, que serán designados de entre Catedráticos y Magistrados eméritos o excedentes del orden contencioso-administrativo, aparte de Fiscales eméritos o excedentes, o en general de entre funcionarios de cuerpos del Subgrupo A1 del artículo 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en Derecho. Igualmente, la designación podrá recaer en abogados en ejercicio que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho administrativo del deporte. Está previsto que los miembros del TAD puedan compatibilizar sus funciones como tales, que se prestarán a tiempo parcial, con el desempeño de sus respectivas actividades profesionales. Pues bien, debe señalarse que la previsión de que este organismo sea integrado por magistrados eméritos resulta contraria a la regulación plasmada en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), ya que los magistrados eméritos, a diferencia de los excedentes, sí que ejercen funciones jurisdiccionales. De conformidad con el artículo 200.4 LOPJ, *“[L]os miembros de la Carrera Judicial jubilados por edad que sean nombrados para ejercer dicha función tendrán la consideración y tratamiento de Magistrados eméritos. En dicha situación podrán permanecer hasta los setenta y cinco años, teniendo el tratamiento retributivo de los Magistrados suplentes”*. Es decir, la de magistrado emérito es una condición que se agrega a la de magistrado jubilado, y que precisamente sirve para indicar que dicho magistrado ha sido nombrado para ejercer la función judicial. Análogamente, está previsto que *“[L]os Magistrados del Tribunal Supremo, una vez jubilados, serán designados Magistrados eméritos en el Tribunal Supremo cuando así lo soliciten, siempre que reúnan los requisitos legalmente establecidos y de acuerdo con las necesidades de refuerzo*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

en la Sala correspondiente” (artículo 200.5 LOPJ). En consecuencia, a estos magistrados se les aplica el régimen de incompatibilidades y prohibiciones de los artículos 389 a 397 LOPJ, y en particular la incompatibilidad con cualquier cargo de designación política del Estado y de los organismos dependientes de él (artículo 389.2º LOPJ). Por tanto, no se trata de que el cargo de miembro del TAD sea compatible con el desempeño de otras actividades profesionales, sino de que la función de los magistrados eméritos es incompatible con el desempeño de cargo del TAD.

Con independencia de lo anterior, no se ve por qué circunscribir el radio de magistrados [excedentes] susceptibles de ser nombrados como miembros del TAD, a aquéllos que lo sean del orden contencioso-administrativo, lo que supone discriminar a los pertenecientes a otros órdenes jurisdiccionales; máxime cuando el propio precepto no duda en admitir el nombramiento de Catedráticos *–in genere*, sin ni siquiera exigir que lo sean de un área de conocimiento jurídica–, así como la posibilidad de designar como miembro del TAD a cualesquiera funcionarios de cuerpos del Subgrupo A1, con el único requisito de que para su acceso sea necesario contar con el título de licenciado o grado en Derecho.

5. VALOR QUE CABE DAR EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO AL CONTENIDO DE RESOLUCIONES JUDICIALES DICTADAS EN EL MARCO DE UN PROCESO PENAL (ARTÍCULO 39.5.E/ Y F/ DEL ANTEPROYECTO).

De conformidad con el artículo 39.5.e) del Anteproyecto, *“las sentencias o resoluciones administrativas firmes harán prueba de los hechos que declaren probados contra el deportista u otra persona a la que afecte la sentencia”*. La letra f) a continuación señala, sin embargo, que *“el deportista u otra persona*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

podrá refutar todos los hechos y presunciones que le perjudiquen, incluidos los mencionados en la letra a) del apartado quinto de este artículo y probar los hechos y circunstancias necesarios para su defensa". Estas dos disposiciones, a pesar de su aparente contradicción, están en armonía, dado que la aplicación del principio de presunción de inocencia en el marco del procedimiento administrativo sancionador (vid. artículo 137.1 de la Ley 30/1992), obliga a conceder al sujeto afectado todos los medios de prueba a su alcance para su defensa. Piénsese que, en la medida en que sobre unos mismos hechos, e incluso en relación con un mismo sujeto, pueden recaer dos sanciones distintas, penal y administrativa, sin que ello repela al principio de *non bis in ídem* cuando ambas sanciones tengan diferente fundamento, resulta crucial para el afectado, que además puede no haber sido el condenado en sede judicial, tener la posibilidad de rebatir los hechos en cuestión.

La citada Ley 30/1992, en su artículo 137.2, establece que "*los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien*", lo que quiere decir que la propia Administración sancionadora no puede pretender contrarrestar los hechos que hayan sido declarados probados en un procedimiento penal ya concluido, pero sí puede hacerlo el sujeto contra el que se dirija el procedimiento administrativo posterior.

No obstante, cabe plantear la oportunidad de incluir en el Anteproyecto una cautela similar a la del artículo 137.4 de la Ley 30/1992, el cual, después de disponer que "*se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades*", añade que "*sólo podrán declararse improcedentes*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable”.

En otro orden de cosas, no se entiende por qué las sentencias o resoluciones administrativas firmes sólo pueden hacer prueba de los hechos que declaren probados, cuando éstos lo hayan sido *contra* el deportista u otra persona a la que afecte la sentencia. Parece claro que una vinculación de la misma especie debería también producirse cuando haya recaído una resolución judicial absolutoria por haberse constatado la inexistencia del hecho punible. En suma, se recomienda como más acertada la aproximación que a este respecto se contiene en el artículo 7.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, conforme al cual, “[e]n todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”.

6. LA OBLIGACIÓN DE SOMETERSE A CONTROLES DE DOPAJE Y LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS AL EFECTO.

El Anteproyecto dedica la Sección 1ª del Capítulo I del Título II a la obligación de someterse a controles de dopaje (artículo 11), con algunas matizaciones cuando se trate de controles a realizar en competiciones internacionales que se celebren en España (artículo 12), o a controles fuera de competición a deportistas con licencia extranjera que se encuentre en España (artículo 13), o bien a controles fuera de competición realizados en España a deportistas con licencia española por parte de organizaciones internacionales (artículo 14), la Sección 2ª de ese mismo Capítulo a las garantías en la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

realización de dichos controles, y la Sección 3ª a una regulación de los distintos tipos de controles.

a) La obligación de someterse a controles y la adecuada ponderación de la restricción de los derechos individuales que comporta.

Los controles de dopaje constituyen una medida restrictiva de los derechos individuales de los afectados y, en cuanto tal, han de encontrar fundamento en la constitucionalidad del fin perseguido, que no puede ser otro que la protección de la salud del deportista, y han de ajustarse en su ejecución a los principios de proporcionalidad y justificación en la consecución del fin perseguido. En este sentido, resulta correcta la disposición contenida en el artículo 19.6 del Anteproyecto, que viene a ser trasunto del artículo 9.3 de la Ley actualmente vigente, en virtud de la cual “[e]n la realización de los controles y pruebas la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte cuidará de que los mismos se lleven a cabo con pleno respeto a los derechos fundamentales de la persona, a la protección de sus datos personales y a las mejoras prácticas para la realización de dichas actividades”. Por el contrario, la garantía de los derechos de los deportistas frente a la obligación de someterse a controles de dopaje aparece más desdibujada en el párrafo tercero del artículo 11.1 del Anteproyecto, conforme al cual “[e]l alcance y la forma de realización de ambas modalidades de control [por sorpresa y previa citación] se determinará reglamentariamente, procurando una adecuada ponderación de los derechos deportistas y de las necesidades materiales de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, particularmente, en lo que se refiere a la realización de controles fuera de competición”. Como puede verse, no es ya que se hable de derechos –en lugar de derechos fundamentales–, y que éstos se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sitúen en relación de ponderación con las necesidades materiales de la AEPSD, sino que además se deja al ulterior desarrollo reglamentario el cometido de *procurar* una adecuada ponderación de unos y otras. Esta formulación debería ajustarse a la doctrina constitucional sobre la necesaria proporcionalidad entre fines y medios cuando nos movemos en el ámbito de los derechos fundamentales (vid. SSTC 85/1992, de 8 de junio, 55/1996, de 28 de marzo, 136/1999, de 20 de julio y 88/20003, de 19 de mayo).

b) La relación especial de sujeción del deportista.

Dicho lo cual, no debe desdeñarse la existencia de una suerte de consentimiento al efecto del deportista, que voluntariamente decide incorporarse a la disciplina de una federación deportiva a fin de participar en competiciones oficiales organizadas por la misma. Consentimiento que vendría a formalizarse en la solicitud y, en su caso, obtención de la pertinente licencia deportiva; con el consiguiente sometimiento a los requisitos en ella exigidos, entre los que ocupan un lugar destacado los relativos al control del dopaje en la práctica deportiva. Pues la licencia constituye el título administrativo habilitante que permite y faculta para participar en competiciones deportivas, proporciona derechos al deportista inherentes a la misma, pero también impone el cumplimiento de determinadas obligaciones; obligaciones que no pueden resultar injustificadas, desproporcionadas o desconectadas de los fines que han orientado su adopción, pero que, a su vez, suponen una cierta reducción del ámbito de libertad individual.

En este orden de cosas, se podría hablar, haciendo traslación de categorías administrativo-públicas, de una relación de sujeción especial del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

deportista respecto a la organización deportiva que se traduce, entre otros aspectos, en el sometimiento a su disciplina, a la tutela que, en consecuencia, corresponde a la organización, y que incluye la preservación de la salud del deportista y la realización de la práctica deportiva y de las competiciones en condiciones de “limpieza” y lealtad, de conformidad con las reglas propias del deporte.

En otras palabras, la existencia de esta relación de sujeción especial se traduce en el establecimiento de un conjunto de obligaciones de prevención, cuidado y vigilancia de aquellas conductas que pueden incidir en el ámbito en que la citada relación se enmarca, es decir, la actividad deportiva. Obligaciones e imposiciones, derivadas de esta relación especial de sujeción, que si bien tienen al deportista como primer y principal sujeto obligado, pueden extenderse, dentro de su haz de competencias y facultades de actuación, a los facultativos, entrenadores y directivos pertenecientes a la entidad deportiva, sujetos cuya conducta es susceptible de incidir en alguna de las prohibiciones que ponen en marcha el procedimiento sancionador.

En este sentido, conforme al artículo 11.1, en relación con el artículo 10 del Anteproyecto, tendrán obligación de someterse a los controles ordenados por la AEPSD, o en su caso por las federaciones deportivas españolas, tanto en competición como fuera de competición, los deportistas que estén en posesión, lo hubieran estado con carácter previo, o tengan expectativa de obtener la licencia federativa estatal o autonómica homologada, que participen en competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal organizadas por entidades deportivas en el marco de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. También se extiende a los deportistas extranjeros que pueden ser sometidos a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

controles fuera de competición, a los deportistas que estén suspendidos en su licencia por haber incurrido en una infracción de dopaje, y, mediante resolución motivada de la AEPD, a los deportistas que teniendo licencia en ejercicio no la hayan renovado en tiempo pero haya presunción razonable de que no han abandonado la práctica deportiva y pueden estar tratando de eludir la realización de controles de dopaje fuera de competición.

La relación especial de sujeción a la que antes hemos aludido se aprecia más débilmente en los deportistas que han estado –pero ya no están– en posesión de licencia, en quienes no la han renovado pero existe la presunción de que pueden estar tratando de eludir los controles, y en quienes no tienen licencia pero sí expectativa de obtenerla, pues en todos estos casos es obvio que la falta de licencia deja de proyectar sobre el deportista el haz de obligaciones que se desprende del hecho de hallarse federado. Se hace necesario pues, respecto de todos ellos, reforzar las garantías conectadas a la obligación de someterse a controles, perfilando mejor los contornos de todas esas situaciones de tal modo que no haya dudas acerca del comienzo o pervivencia de la relación especial de sujeción.

Así, en lugar de referirse a los deportistas que “tengan expectativas de obtener la licencia federativa”, sería preferible que la futura Norma aludiera a *deportistas que hayan solicitado la oportuna licencia*, o que se encuentren en determinada fase del trámite dirigido a la concesión de la misma, a falta únicamente de cierta actividad por parte de la Administración concedente. En cuanto a los deportistas que no estén en posesión de licencia pero lo hayan estado, resultaría conveniente, en pos de una mayor seguridad jurídica, establecer un plazo de tiempo desde la falta de posesión de la licencia,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

transcurrido el cual decae la obligación de someterse a controles. Ciertamente, el párrafo segundo del artículo 10.1 del Anteproyecto parece dar a entender que en el caso de estos deportistas el control se ha tenido que producir cuando aún estaban en posesión de la licencia, aunque el expediente sancionador se inicie en un momento posterior, pero sería aconsejable que este extremo quedara perfectamente aclarado. Y por lo que hace a los deportistas que no hayan renovado su licencia pero se sospeche de que puedan estar tratando de eludir la realización de controles fuera de competición, es dudoso que sea suficiente garantía el dato de que la AEPSD deba emitir una *resolución motivada* relativa a la existencia de una presunción razonable de que no han abandonado la práctica deportiva, y de que su verdadera intención es la de eludir posibles controles antidopaje. Haría falta, probablemente, prever un trámite de audiencia al interesado y articular algún mecanismo de recurso frente a la resolución de la AEPSD, que al no ser dictada en ejercicio de la potestad disciplinaria no estaría sujeta al recurso que regula el artículo 40 de la Ley en proyecto, inscrito en una Sección titulada “De la revisión de sanciones en materia de dopaje”.

Por lo demás, la regulación de esta materia en el Anteproyecto no presenta grandes novedades. Se contempla la obligación primaria de someterse a los controles (para los controles por sorpresa), o de comparecer y someterse a los mismos (para los controles planificados, realizados previa citación), así como el deber instrumental de facilitar los datos que permitan la localización habitual de los deportistas, y el de comunicar los tratamientos médicos a que estén sometidos (deberes que alcanzan también a las personas de su entorno: entrenadores, médicos, equipos, directivos de clubes y organizaciones deportivas).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

c) Las garantías para la realización de los controles.

Junto a ello, se establecen una serie de garantías para la realización de los controles. Aunque en lo sustancial estas garantías vienen a coincidir con las previstas en la legislación vigente, se aprecian algunas modulaciones. Así, se rebaja la exigencia de que todos los controles de dopaje se realicen bajo la responsabilidad de un médico, auxiliado por personal sanitario, limitando esa exigencia a los controles que consistan en la extracción de sangre, los cuales se realizarán “bajo la responsabilidad de un médico o por otro tipo de personal sanitario”. Además de situar, por tanto, a este otro personal sanitario en una posición alternativa, y no auxiliar, respecto del médico, es obvio que muchas otras pruebas, como las consistentes en la toma de muestras de orina, ya no se realizarán bajo responsabilidad médica, y ni siquiera de personal sanitario, pues podrán llevarse a cabo –como dice el inciso final del artículo 15.1 del Anteproyecto– “por personal debidamente habilitado por la Agencia [Española de Protección de la Salud en el Deporte]”. Sin perjuicio de que esta solución pueda resultar plausible desde una perspectiva de política legislativa, se llama la atención sobre el hecho de que el artículo 15.5 del Anteproyecto sigue diciendo, como su antecedente en la Ley actual (artículo 6.5 de la L. O. 7/2006), que “[E]l documento que acredite la negativa a que se refiere el apartado anterior [negativa no justificada a someterse a controles], realizada por el médico o personal sanitario habilitado, gozará de la presunción de veracidad del artículo 137.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. Dado que no todo personal habilitado para la realización de los controles será ya personal “sanitario”, esta previsión debería ser adaptada, so riesgo de que en algunos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

casos esa acreditación documental de la negativa a someterse a controles goce de la citada presunción de veracidad, y en otros no.

En cuanto a la franja horaria en la que se podrán hacer los controles fuera de competición, con la finalidad de facilitar el descanso nocturno del deportista, el Anteproyecto –a diferencia de la Ley actual, que se remite al desarrollo reglamentario posterior– da el paso de fijar explícitamente dicha franja, que será –en línea con el CMA– la comprendida entre las once de la noche y las seis de la mañana. Sin embargo, a diferencia de la Ley vigente, que establece una prohibición tajante de realizar en territorio español ningún control de dopaje durante esas horas, con independencia de la autoridad que lo hubiera ordenado, y en consecuencia proclama que “la negativa de un deportista a ser sometido a controles de dopaje durante esta franja horaria no producirá responsabilidad alguna” (artículo 6.2.II L. O. 7/2006), el Anteproyecto admite que “en casos debidamente justificados, y con pleno respeto al principio de proporcionalidad, será posible la realización de controles de dopaje fuera de competición siempre que en el momento de realizarlos se informe al deportista de las razones que justifican la no observancia de la limitación horaria establecida en el párrafo anterior”, lo que viene a suponer una notable relativización de la prohibición y una franca disminución de la garantía que ella aporta. El prelegislador, por lo demás, es consciente de estos efectos, pues en la Exposición de Motivos alude a la necesidad de flexibilizar la prohibición de realizar controles en la franja horaria antedicha, señalando que la garantía residirá en que las excepciones se circunscribirán a “casos debidamente justificados”, y en que esta justificación pasará a constituirse “como un elemento controlable por los tribunales”, todo lo cual justifica en la necesidad de alcanzar *“una adecuada coordinación entre la*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

protección de los derechos legítimos de los deportistas y la necesaria eficacia de las normas jurídicas de lucha contra el dopaje”.

Fuera de lo señalado con respecto a la prohibición de controles en la franja horaria nocturna, el Anteproyecto mantiene en términos similares a los actuales la regulación de la negativa a someterse a los controles, comenzando por el derecho del deportista a no someterse a la prueba correspondiente, en el que deberá ser instruido en el momento de recibir la notificación del control, y en su caso al iniciarse la recogida de la muestra; continuando por el valor que cabe dar a la negativa sin justificación válida a someterse a un control, la cual, una vez documentada, constituirá prueba suficiente a los efectos de reprimir la conducta del deportista; y concluyendo por la especificación de qué cabrá entender como justificación válida (*“la imposibilidad de acudir como consecuencia acreditada de lesión, o cuando la sujeción al control, debidamente acreditada, ponga en grave riesgo la salud del deportista”*)

En este sentido, el juicio que merece a este Consejo el régimen de garantías de los controles y de los efectos derivados de los mismos, salvas las observaciones realizadas a propósito de las novedades, es un juicio de carácter positivo, al igual que lo fue, en su momento, el emitido a propósito del informe al Anteproyecto de la que a la postre sería la L. O. 7/2006. Ello incluye las previsiones relativas al tratamiento de los datos personales que afecten al deportista, y que puedan ser obtenidos para asegurar de la realización de los controles o como consecuencia de los mismos. Así, el artículo 11.3, cuando dice que la información sobre localización habitual de los deportistas se custodiará en un fichero público en la AEPSD, que podrá ceder a la Agencia Mundial Antidopaje en casos y para fines muy concretos, debiendo ser destruida cuando



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ya no sea útil para dichos fines; el artículo 15.3, que dispone que los deportistas han de ser informados del tratamiento y cesión de los datos previstos en la presente Ley, incluida la facultad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición previstos en la legislación sobre protección de datos de carácter personal; o el ya citado artículo 19.6, conforme al cual la AEPD deberá velar para que en los controles y pruebas se lleven a cabo con pleno respeto a los derechos fundamentales de la persona, a la protección de sus datos personales y a las mejoras prácticas para la realización de dichas actividades.

7. LAS MODIFICACIONES QUE AFECTAN AL RÉGIMEN SANCIONADOR EN MATERIA DE DOPAJE (ARTÍCULOS 21 A 40 DEL ANTEPROYECTO).

La reforma operada en el régimen sancionador (Capítulo II del Título II, que es el más extenso de la Ley en proyecto) viene a armonizar las disposiciones legales con lo establecido en el Código Mundial Antidopaje, en materia tanto de tipificación de infracciones como de definición de las sanciones. Con carácter general, cabe afirmar que la regulación que se efectúa garantiza el cumplimiento del principio de reserva de ley, al contemplar de forma detallada y completa tanto la tipificación de las infracciones y sanciones en materia de dopaje, como las causas modificativas de la responsabilidad, evitando la remisión al reglamento, salvo en aspectos que no afectan al núcleo y determinación de los elementos esenciales en esta materia, por lo que se da debido cumplimiento a la exigencia de predeterminación normativa, en norma con rango de ley, de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, doctrina que ha sido plasmada en numerosas SSTC, como la 42/1987, de 7 de abril, la 219/1989, de 21 de diciembre, la 305/1993, de 25 de octubre, y más



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

recientemente la 162/2008, de 15 de diciembre, la 81/2009, de 23 de marzo y la 21/2010, de 27 de abril. Ésta última resume dicha doctrina en su F. J. 4, indicando que *“en el ámbito administrativo sancionador esa reserva de Ley en todo caso «determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal», habida cuenta el carácter excepcional que presenta el ius puniendi en manos de la Administración. Lo que, en expresión normalizada, significa que «el art. 25.1 CE obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes», o, si se prefiere, como también acostumbra a decir la citada doctrina constitucional, que «la Ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer»”*. No suscitándose pues objeciones de carácter general, se destacan, no obstante, los aspectos que a continuación se mencionan.

El sistema de responsabilidad de los deportistas recogido en el CMA combina una responsabilidad objetiva, que conlleva la pérdida del reconocimiento oficial de los resultados obtenidos en la competición donde se haya producido la infracción, y por tanto la anulación de los premios, puntos y medallas (artículo 10.1), y una responsabilidad por culpa que determina la aplicación de sanciones consistentes en la suspensión de la licencia y otros efectos adicionales (artículo 10.5.1). La posible recepción de este modelo en nuestro Derecho fue objeto de pronunciamiento expreso en el informe elaborado por el Consejo de Estado al Anteproyecto que dio lugar a la L. O. 7/2006, en los siguientes términos: *“Es cierto que la responsabilidad objetiva (o quasiobjetiva) y el sistema sancionatorio son hasta cierto punto incompatibles con nuestro sistema constitucional (art. 25 de la Constitución) pero lo cierto es que el sistema internacional camina por esta senda y, al fin y a la postre, los limitados efectos*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

(privación del reconocimiento de los resultados deportivos) que conlleva asimila más estos supuestos a la sanción civil (nulidad de los efectos, artículo 6.3 del Código Civil) que a las auténticas sanciones administrativas (...). Por ello, siempre que se distingan estos efectos (nulidades de resultados deportivos) de las auténticas sanciones administrativas tipificadas en el texto de la Ley Orgánica, no habría inconveniente en nuestro Derecho para incorporar esa tendencia internacional”.

El Anteproyecto incorpora el principio general, plasmado en el artículo 2 del CMA, conforme al cual constituye un deber personal del deportista asegurarse de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo, y por tanto el hallazgo de la misma se erige en presupuesto determinante de la existencia de la infracción, sin que sea necesario demostrar un uso intencionado, negligente o culposo. Este principio queda reflejado en el artículo 21.1 del Anteproyecto, según el cual los deportistas incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley *“deben asegurarse de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo, siendo responsables cuando se produzca la detección de su presencia en el mismo”*. En concordancia con ello, entre las infracciones muy graves, la letra a) del artículo 14.1 tipifica *“el incumplimiento de las obligaciones a que hace referencia el artículo anterior, que dé lugar a la detección de la presencia de cualquier cantidad de una sustancia prohibida, o de sus metabolitos o marcadores, en las muestras físicas de un deportista”*. Esta infracción lleva aparejada la imposición de la sanción prevista en el artículo 23.1, a saber, suspensión de la licencia federativa y multa.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Ahora bien, pese a este aparente automatismo, el Anteproyecto subordina la imposición de las sanciones a la apreciación de un factor culpabilístico, en línea con los postulados del CMA. Así, el artículo 27.2 contempla como circunstancia eximente de la responsabilidad disciplinaria el hecho de que el deportista o persona afectada por el procedimiento sancionador *“acredite que, para ese caso concreto, no ha existido culpa o negligencia alguna por su parte”*, añadiendo que *“si se diera esta circunstancia, el deportista, para exonerarse de responsabilidad y evitar la sanción, deberá justificar la forma en que se introdujo la sustancia prohibida en su organismo”*. En este caso, termina diciendo este precepto que *“los órganos disciplinarios determinarán que el deportista no ha cometido ninguna infracción a los efectos de la existencia de reincidencia en infracciones en materia de dopaje”*.

Este último matiz es importante, porque en realidad, a pesar de la falta de culpa y de la eximente, la infracción sí se entiende cometida a otros efectos, y concretamente a los efectos de determinar una anulación de resultados. Esto significa que se combinan dos diferentes tipos de sanciones, una que opera de manera puramente objetiva y a la que no se denomina propiamente sanción, y otra a la que se denomina como tal, que es a la única a la que alcanza la eximente basada en la falta de culpa.

En efecto, el artículo 30 del Anteproyecto, dispone que *“la comisión de una conducta de las previstas en la presente Ley como infracciones, por parte de un deportista en el marco de una competición individual y como consecuencia de la realización de un control en competición, implicará la anulación automática de los resultados obtenidos en esa competición, con la pérdida de todas las medallas, puntos, premio y todas aquellas consecuencias necesarias para*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

eliminar cualquier resultado obtenido en dicha competición”, y ello, y he aquí la clave, “con independencia de que concurra una causa de exención o de atenuación de responsabilidad”. Aunque puede haber otras consecuencias, como la anulación de resultados obtenidos en otras competiciones del mismo acontecimiento deportivo, ésta es la única que no se hace depender en absoluto de la existencia o no de culpa respecto de la conducta tipificada como infracción. Se trata pues de una consecuencia negativa para el infractor, que se ve privado del reconocimiento oficial de unos resultados, la cual, si bien se desprende de la conducta infractora, no se configura propiamente como una sanción.

En el Informe a los Anteproyectos de Ley y de Ley Orgánica complementaria, de modificación de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, que fue aprobado por este Consejo en su sesión plenaria de 21 de julio de 2011, ya se alertaba sobre la posibilidad de que esa configuración pretendiese eludir el obstáculo de constitucionalidad que prohíbe imponer sanciones vinculadas a supuestos de responsabilidad objetiva. Como decíamos en dicho Informe, esta técnica legislativa, consistente en intentar obviar mediante un simple cambio semántico determinadas consecuencias jurídicas materiales, ha dado lugar a lo que doctrinalmente se califica como “fraude de etiquetas”. El hecho de que el legislador acuda cada vez con más frecuencia a esta criticable técnica no la priva de falta de consistencia jurídica y de una debilidad argumental extraordinaria. La mejor demostración del difícil equilibrio técnico de esta norma en el conjunto del Anteproyecto es la necesidad de mantener la comisión de una infracción en estos casos de responsabilidad objetiva, a diferencia de aquellos otros en los que el artículo 27.2 reconoce la exención de responsabilidad, en los que se determinará que el deportista no ha cometido ninguna infracción pero a los solos efectos –ya lo hemos señalado– “de la existencia de reincidencia en



infracciones en materia de dopaje”. Dicho de otra forma, el deportista que no ha actuado culpablemente no comete infracción a efectos de una posible reincidencia, pero sí a los de ser privado de los resultados de la competición, medallas y premios, efectos éstos que se producen pese a la acreditada falta de culpabilidad por parte del deportista.

Pues bien, no obstante admitir la adecuación de la norma con las disposiciones del CMA, y aun compartiendo la finalidad de mantener las condiciones de igualdad en las competiciones deportivas, que pueden resultar alteradas por el mero hecho objetivo de la presencia aun no culpable de sustancias dopantes, es discutible que a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la vigencia del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador (vid. SSTC 76/1990, de 26 de abril y 246/1991, de 19 de diciembre) la ausencia de culpabilidad demostrada no tenga que producir el restablecimiento del resultado anulado. En consecuencia, cabe sugerir como solución más acorde con esa jurisprudencia constitucional la calificación del hecho no como infracción, sino como causa de nulidad del resultado de la competición, siempre que en el caso concreto se acredite la influencia del dopaje sobre dicho resultado. De esta forma se atendería a la naturaleza cuasi objetiva o civil de la consecuencia, eludiéndose materialmente –y no de forma puramente nominal– el constitucionalmente conflictivo ámbito de la responsabilidad objetiva en las infracciones administrativas.

Por lo demás, el Anteproyecto viene a reformular el catálogo de infracciones y sanciones, mejorando la redacción de algunos tipos infractores, depurando el tratamiento de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, y delimitando mejor conceptos como la *reiteración* –calificada



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

como circunstancia agravante– de conductas que impliquen infracción de las normas antidopaje y la *reincidencia* en la comisión de una segunda o ulterior infracción en el plazo de ocho años. En lo que respecta al régimen de las sanciones, se suavizan las mismas en el caso de primera infracción al tiempo que se endurecen en los supuestos de reincidencia, introduciéndose una regulación más detallada y prolija, en la que se combina el factor de la reincidencia con la posible presencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, lo que culmina con el cuadro significativo incluido en el Anexo II de la Ley.

Finalmente, debe destacarse que, a diferencia de lo que sucedía en los Anteproyectos de Ley y de Ley Orgánica complementaria, de modificación de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, que fueron presentados en la anterior legislatura, el texto ahora sometido a informe sí regula la caducidad del expediente, coincidiendo con la recomendación que hiciera este Consejo en el Informe a dichos Anteproyectos, al que ya se ha hecho referencia. Lo hace, concretamente, en su artículo 39.6, de conformidad con el cual el procedimiento disciplinario en materia de dopaje deberá concluir en el plazo máximo de un año a contar desde la adopción del acuerdo de incoación del procedimiento, de tal forma que el vencimiento de dicho plazo sin que se hayan notificado resolución expresa producirá la caducidad del procedimiento, la cual podrá ser declarada de oficio o a instancia del interesado e implicará el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de que pueda iniciarse un nuevo procedimiento sancionador dentro del plazo legal de prescripción.

Esta regulación resulta acorde con las disposiciones generales del artículo 44.2 de la Ley 30/1992, las cuales enlazan directamente con el deber de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

respetar los plazos y términos legalmente fijados que concierne a las Administraciones públicas, tal y como proclama el artículo 47 de la misma Ley, y con la obligación de resolver expresamente y de notificar la resolución, que el artículo 42.1 de la referida norma establece, y se configuran como una garantía del afectado dirigida a evitar los perjuicios, materiales o morales, derivados del hecho de que un procedimiento pueda estar indefinidamente abierto y pendiente de resolución. Por ello, debe considerarse un acierto la inclusión de una previsión de esta naturaleza en la Norma en proyecto.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Sobre las previsiones relativas a la colaboración entre la autoridad judicial y la autoridad administrativa sancionadora, cabe manifestar:

- o Se echa en falta el establecimiento de un plazo máximo para que la AEPSD emita su informe, solicitado por el Juez, sobre la concurrencia de peligro para la vida o salud del deportista.
- o Se sugiere evitar la sensación de que el informe emitido por la AEPSD tendrá la virtud de mediatizar la capacidad del Juez para decidir sobre la continuación o no del proceso penal, o al menos para obligarle a que tome esa decisión en un determinado momento, ya que ello va en detrimento de la función del Juez instructor, que es a quien corresponde apreciar el cuándo y el porqué de seguir adelante con la causa.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- o No se ve por qué aguardar a la decisión que el Juez adopte tras la emisión del informe de la AEPSD sobre la continuación o no de la causa penal, pudiendo anudarse la suspensión de los procedimientos sancionadores al hecho mismo de que la instrucción haya comenzado y el Juez haya solicitado la evacuación del informe.
- o Se recomienda revisar el artículo 33.3 del Anteproyecto, en orden a establecer, si no una proclamación expresa relativa a la imposibilidad de sancionar administrativamente los hechos ya sancionados en vía penal, cuando concorra identidad de sujeto, hechos y fundamento, sí al menos un cierto automatismo en producirse la suspensión del procedimiento administrativo, toda vez que la AEPSD tenga conocimiento de que se ha producido el inicio de una instrucción penal dándose esa triple identidad.
- o Aunque no se pone en duda la legitimidad de la opción de establecer una suspensión provisional en los términos del artículo 33.3.II del Anteproyecto, probablemente sería más atinado ligar la suspensión provisional no al hecho de la continuación de la instrucción, sino al dato de que se haya acordado la apertura del juicio oral o se haya dictado el auto de transformación a procedimiento abreviado. En cualquier caso, debería eliminarse la referencia a precepto alguno del Código Mundial Antidopaje, o al menos sustituir la referencia del artículo 10 por la del artículo 7.5 de dicho Código, por ser ésta la correcta.
- o La suspensión prevista como medida asociada que deberá ser adoptada automáticamente por la AEPSD una vez ésta tenga conocimiento de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

condena por la comisión de un delito de dopaje, exigiría la puntualización de que esta condena se haya producido en virtud de resolución judicial firme, así como prever la posibilidad de una suspensión provisional para el caso de que esa condena penal no fuese firme.

- o Partiendo de que el trasvase, sin más, de la totalidad del material probatorio recabado durante la instrucción penal a la entidad con potestad sancionadora administrativa en esa misma área, no es posible, la alusión del artículo 33.4 del Anteproyecto al necesario respeto del principio de proporcionalidad parece querer superar ese obstáculo, pero sería más claro establecer de forma explícita que el Juez no podrá facilitar ningún material probatorio que, por su naturaleza, pudiera afectar a los derechos fundamentales del sujeto investigado. Asimismo, sería recomendable disponer un trámite de audiencia a las partes, para que éstas puedan pronunciarse sobre la remisión del material probatorio a la AEPSD.
- o El Anteproyecto no prevé, pero sería bueno que lo hiciera, la posibilidad de que ese trasvase de material probatorio, además de como consecuencia del archivo de las actuaciones penales en fase de instrucción, se produjera también –sujeto a la misma clase de cautelas– tras haber recaído una eventual resolución sobre el fondo de naturaleza absolutoria.
- o En relación con el último apartado del artículo 33, debería contemplarse a lo sumo una información a la AEPSD de la apertura de la investigación o de la marcha de la misma, sin pedir al Juez que haga valoraciones de conductas que sólo corresponde hacer a la autoridad administrativa, y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

mucho menos que aprecie la existencia de posibles responsabilidades a partir de un juicio indiciario que ni es prudente hacer en esa fase del procedimiento, ni mucho menos encomendar que lo haga el instructor al margen o en paralelo al desempeño de sus funciones jurisdiccionales.

SEGUNDA.- A propósito de las autorizaciones judiciales previstas en el marco de la potestad de inspección de la autoridad administrativa, el artículo 57 del Anteproyecto maneja una ambivalencia que el prelegislador debería corregir. Optando por una primera interpretación, que no parte de una equiparación lineal de los botiquines al domicilio, se recomienda que en lugar de aludir a “la autorización a que se refiere el artículo 8 de la Ley 29/1998”, el precepto se refiriera a “una autorización de la misma clase” o a “una autorización prestada por el mismo tipo de órgano” al que se refiere el artículo 8 de la Ley 29/1998, haciendo abstracción del hecho de que pueda no tratarse de la ejecución forzosa de actos administrativos. Siguiendo, por el contrario, la opción inversa, sería aconsejable que la Norma en proyecto, en vez de referirse de manera hipotética a la posibilidad de recabar la autorización judicial, dispusiera la necesidad de obtener dicha autorización en todo caso, por tratarse del acceso a un lugar que, como el domicilio, requiere del consentimiento del titular; y ello siempre que se dé el requisito general de aplicación del artículo 8 de la Ley 29/1998, es decir, que se trate de la ejecución forzosa de un acto administrativo.

TERCERA.- En lo que atañe a la competencia en materia de procedimientos disciplinarios para la represión del dopaje, debería reconsiderarse más pausadamente el artículo 37 del Anteproyecto pues, tal y como se señala en el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Informe, se advierten desajustes relacionados con la inclusión o no de los deportistas de nivel internacional dentro del ámbito de aplicación de la ley, si se tiene en cuenta que pueden estar bajo la potestad disciplinaria de las federaciones deportivas españolas, las cuales ejercerán dicha potestad con arreglo a las prescripciones de esta ley. Y si lo que se quiere es que las federaciones españolas, en los casos de deportistas de nivel internacional, se atengan a las normas internacionales para imponer las sanciones, debería puntualizarse debidamente en el artículo 40.1 del Anteproyecto. Asimismo, se aprecia una posible incoherencia en negar primero a la AEPSD la competencia en materia de procedimientos disciplinarios respecto de los deportistas de nivel internacional, atribuyendo consiguientemente dicha competencia a las federaciones españolas, para a continuación prever que sea dicha Agencia la llamada a suscribir con las federaciones internacionales los correspondientes convenios para que éstas puedan asumir la competencia en cuestión, pues si la competencia disciplinaria se residencia en esos casos en las federaciones españolas, deberían ser éstas y no la AEPSD, las llamadas a suscribir esa clase de convenios con las federaciones internacionales.

CUARTA.- En cuanto a la revisión de las sanciones en materia de dopaje, el Informe efectúa diversas recomendaciones, que se pasan a exponer sucintamente:

- o Se desaconseja incluir al Comité Olímpico o Paralímpico Internacional en la lista de sujetos legitimados del artículo 40.4, pues en él se contempla el recurso ante el Tribunal Administrativo del Deporte, instancia interna cuya creación dispone la propia Ley,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

y de acuerdo con las prescripciones del CMA el Comité Olímpico o Paralímpico Internacional estarán legitimados única y exclusivamente para recursos relativos a deportistas de nivel internacional, interpuestos ante el llamado TAS, por sus siglas en francés (*Tribunal Arbitral du Sport*).

- o El Informe constata que la única vía de recurso que el Anteproyecto contempla es la impugnación ante el orden contencioso-administrativo de las resoluciones del TAD, con independencia de cuál sea el concreto interesado en recurrir. Sin embargo, en virtud del artículo 13.2.3 del CMA, para los recursos relativos a deportistas de nivel nacional, tanto la Agencia Mundial Antidopaje como la federación internacional están legitimadas para recurrir ante el TAS una decisión dictada por una instancia de apelación nacional. Por consiguiente, debería aparecer en el texto de la futura Ley un reflejo de esta previsión, o en su defecto una explicación en la Exposición de Motivos de las razones por las que no se ha considerado oportuna o necesaria su inclusión.

QUINTA.- Acerca de la denominación y composición del Tribunal Administrativo del Deporte (TAD), se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- o Este Consejo considera que la denominación de «Tribunal» debe reservarse en nuestro ordenamiento exclusivamente para aquellos órganos colegiados que ejerzan una auténtica potestad jurisdiccional, y cuyos integrantes pertenezcan al Poder Judicial



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

(artículos 117.3 y 4 CE). Ello no sucede con el TAD, que es un órgano de naturaleza administrativa adscrito al Consejo Superior de Deportes, por mucho que se establezca que actuará con independencia de éste y que sus miembros gozarán de independencia e inamovilidad, razón por la cual se recomienda buscar una denominación alternativa.

- o La previsión de que el TAD sea integrado por magistrados eméritos resulta contraria a la regulación plasmada en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), ya que los magistrados eméritos, a diferencia de los excedentes, sí que ejercen funciones jurisdiccionales. De hecho, la de magistrado emérito es una condición que se agrega a la de magistrado jubilado, y que precisamente sirve para indicar que dicho magistrado ha sido nombrado para ejercer la función judicial. En consecuencia, a estos magistrados se les aplica el régimen de incompatibilidades y prohibiciones de los artículos 389 a 397 LOPJ, y en particular la incompatibilidad con cualquier cargo de designación política del Estado y de los organismos dependientes de él (art. 389.2º LOPJ).

SEXTA.- En lo relativo al valor que cabe dar en el ámbito administrativo al contenido de resoluciones judiciales dictadas en el marco de un proceso penal, la regulación contenida en las letras e) y f) del artículo 39.5 del Anteproyecto debe considerarse armónica, dado que la aplicación del principio de presunción de inocencia en el marco del procedimiento administrativo sancionador (vid. artículo 137.1 de la Ley 30/1992), obliga a conceder al sujeto afectado todos los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

medios de prueba a su alcance para su defensa. No obstante, no se entiende por qué las sentencias o resoluciones administrativas firmes sólo pueden hacer prueba de los hechos que declaren probados, cuando éstos lo hayan sido *contra* el deportista u otra persona a la que afecte la sentencia. Parece claro que una vinculación de la misma especie debería también producirse cuando haya recaído una resolución judicial absolutoria por haberse constatado la inexistencia del hecho punible. En suma, se recomienda como más acertada la aproximación que a este respecto se contiene en el artículo 7.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, conforme al cual, “[e]n todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”.

SÉPTIMA.- En lo tocante a la obligación de someterse a controles de dopaje, las principales observaciones que el Informe realiza son las siguientes:

- o Es importante no perder de vista que los controles de dopaje constituyen una medida restrictiva de los derechos individuales de los afectados y, en cuanto tal, han de encontrar fundamento en la constitucionalidad del fin perseguido, que no puede ser otro que la protección de la salud del deportista, y han de ajustarse en su ejecución a los principios de proporcionalidad y justificación en la consecución del fin perseguido. En este sentido resulta correcta la disposición contenida en el artículo 19.6 del Anteproyecto, pero en cambio la garantía de los derechos de los deportistas frente a la obligación de someterse a controles de dopaje



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

aparece más desdibujada en el párrafo tercero del artículo 11.1, cuya formulación debería ajustarse a la doctrina constitucional sobre la necesaria proporcionalidad entre fines y medios cuando nos movemos en el ámbito de los derechos fundamentales.

- o No hay que desdeñar la existencia de una suerte de consentimiento al efecto del deportista, que voluntariamente decide incorporarse a la disciplina de una federación deportiva a fin de participar en competiciones oficiales organizadas por la misma. Consentimiento que vendría a formalizarse en la solicitud y, en su caso, obtención de la pertinente licencia deportiva; con el consiguiente sometimiento a los requisitos en ella exigidos, entre los que ocupan un lugar destacado los relativos al control del dopaje en la práctica deportiva. Sin embargo, esa relación especial de sujeción se aprecia más débilmente en los deportistas que han estado –pero ya no están– en posesión de licencia, en quienes no la han renovado pero existe la presunción de que pueden estar tratando de eludir los controles, y en quienes no tienen licencia pero sí expectativa de obtenerla, pues en todos estos casos es obvio que la falta de licencia deja de proyectar sobre el deportista el haz de obligaciones que se desprende del hecho de hallarse federado. Se hace necesario pues, respecto de todos ellos, reforzar las garantías conectadas a la obligación de someterse a controles, perfilando mejor los contornos de todas esas situaciones de tal modo que no haya dudas acerca del comienzo o pervivencia de la relación especial de sujeción.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

OCTAVA.- El juicio que merece a este Consejo el régimen de garantías de los controles de dopaje y de los efectos derivados de los mismos, es un juicio de carácter positivo, sin perjuicio de apreciar que, en relación con la garantía consistente en la prohibición de realizar controles nocturnos, la admisión de que en casos debidamente justificados será posible la realización de controles de dopaje durante esa franja horaria, siempre que en el momento de realizarlos se informe al deportista de las razones que justifican la no observancia de la limitación horaria, viene a suponer una notable relativización de la prohibición y una franca disminución de la garantía que ella aporta. Junto a ello, dado que no todo personal habilitado para la realización de los controles será ya personal “sanitario”, la previsión del artículo 15.5 del Anteproyecto debería ser adaptada, so riesgo de que en algunos casos esa acreditación documental de la negativa a someterse a controles goce de la citada presunción de veracidad, y en otros no.

NOVENA.- Con relación a las modificaciones que afectan al régimen sancionador en materia de dopaje, cabe afirmar con carácter general que la regulación que se efectúa garantiza el cumplimiento del principio de reserva de ley, dando debido cumplimiento a la exigencia constitucional de predeterminación normativa, en norma con rango de ley, de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. Por otra parte, el Anteproyecto viene a reformular el catálogo de infracciones y sanciones, mejorando la redacción de algunos tipos infractores, depurando el tratamiento de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, y delimitando mejor conceptos como la *reiteración* y la *reincidencia*. Asimismo, introduce como novedad una regulación explícita de la caducidad del expediente, materia hacia la que había mostrado especial sensibilidad este Consejo en algún Informe anterior. Únicamente, con



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

respecto a la anulación de resultados como consecuencia negativa asociada a la realización de una conducta que, por falta de culpa o negligencia, no permite la imposición de una auténtica sanción, el Informe la considera discutible, y sugiere como solución más acorde con la jurisprudencia constitucional la calificación en esos casos del hecho no como infracción, sino como causa de nulidad del resultado de la competición, siempre que en el caso concreto se acredite la influencia del dopaje sobre dicho resultado.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extendiendo y firmando la presente en Madrid, a once de octubre de de dos mil doce.